Der Vorvertrag

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Krauß
aus Fürth in Bayern
Referendar am Bezirksamt zu Schweinfurt.

Approbiert am 18. Oktober 1928.

Schweinfurt
Morich'sche Buchdruckerei
1929.

29.95

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Adler, „Realkontrakt und Vorvertrag“ in Ihering's dogm. Jahrbuch Bd 31 S. 190 ff.
Affolter, „Zur Lehre vom Vertrag“ Arch. f. bgl. Recht Bd. 8 S. 1 ff.
Baumbach, Handausgabe der ZPO.
Bechmann, „Kauf“ Bd. II
Bekker, Pandekten Bd. II § 95
Bergler, Diss. Erlangen 1923 „Der Vorvertrag“
Biermann, in Ihering's Jahrb. Bd. 32, S. 267
Bleyer, Handausgabe zur KO., 3. Aufl.
Breit, Gruchot Bd. 55, S. 1 „Die Willenserklärung als Aeußerung und Leistungsgegenstand nach dem deutschen bürgl. Gesetzbuch“
Brinz-Lotmar, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl.
Bruns-Eck in v. Holtzendorff's Encykl. §§ 55, 56 S. 369 ff.
Cosack, Lehrbuch des bürgl. Rechts § 83
Crome, „Der Begriff der Causa bei den Rechtsgeschäften usw.“ in der Zeitschrift für franz. Recht, Bd. 31 S. 304—360, 540—564
Degenkolb, „Der Begriff des Vorvertrages“ Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 71 S. 1 ff. „Die Vollziehung als Vertragsreproduktion“ Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 71, S. 162 ff.
Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. 2, § 43, Pandekten Bd. 2, §§ 8, 10, Lehrbuch des bürgl. Rechts
Eckstein, „Das Schenkungsversprechen“ Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 107, S. 384.
Endemann, Handelsrecht §§ 143, 146, Lehrb. d. bürgl. Rechts, 6. Aufl.
Endemann, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 4 S. 30—81, 191—246.
Enneccerus, „Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin“. 1889. Lehrbuch des bürgl. Rechts, 18.—21. Auflage 1923.
Fischer-Henle, Handausgabe BGB. 13. Auflage.
Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. 1, § 77, Bd. 3.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, S. 52, 55 ff.
Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 1, S 262 ff.
Göppert, „Zur Lehre von den pacta de contrahendo“ Krit. Vierteljahrschrift, Bd. 14, S. 408 ff.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
Grünhut, in Endemann's Handbuch d. Handelsrechts Bd. 3, S. 930 ff.
Häusler, Institutionen des deutschen Privatrechts
Hofmann, „Entstehungsgründe der Obligation“
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl.
Josef, „Das causale Leistungsversprechen“, Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 109, S. 187.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.
Kaubes, Diss. Heidelberg 1911. „Zur Geschichte und rechtlichen Natur des Vorvertrages“
Kohler, „Das Konsensualdarlehen“ Arch. f. bürgl. Recht, Bd. 2

Koch, Diss. Breslau 1919. „Die Form des Vorvertrages bei formellen Verträgen"
Lenel, „Die Lehre von der Voraussetzung". Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 74, S. 230 ff.
Lotmar, „Ueber causa im römischen Recht"
Motive zum BGB., Bd. 1, S. 163, 178, 183, 184
Nelte, Diss. Heidelberg 1910. „Beiträge zur Lehre von den Vorverträgen, in besonderer Berücksichtigung der Vorverträge zu formellen Verträgen"
Neumann, „Zur Lehre v. Verpflichtungsgrund" Gruchot Bd. 45, S. 506
Oberlandesgerichte, die Rechtsprechung der — auf dem Gebiete des Zivilrechts
Oertmann, Kommentar zum BGB. 3. und 4. Aufl.
Planck, Kommentar zum BGB. 4. Aufl., Bd. I, II, 1 und II, 2.
Protokolle zum BGB.
Regelsberger, zivilrechtliche Erörterungen, S. 128—134, in Endemann's Handbuch, Bd. 2, S. 147
Rehbein, Bürgl. Gesetzbuch, Bd. 1, S. 159, 205 ff.
Reichsgericht, Entscheidungen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB. 1928
Reichsoberhandelsgericht, Entscheidungen
M. Rümelein, „Zur Lehre von den Leistungsversprechen", Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 97 und Bd. 98
Schapp, Diss. Heidelberg 1909. „Der Vorvertrag zu Konsensualverträgen"
Schlossmann, „Realkontrakt und Vorvertrag", Ihering's dogm. Jahrbuch, Bd. 45
Scholtze, Diss. Jena 1916. „Gibt es nach dem Recht des BGB. Vorverträge"
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Heinrich Siegel, „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht". 1873
Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 16. Aufl.
Soergel, Rechtsprechung 1926, S. 161, 164
Staub, Kommentar zum HGB., 9. Auflage
Staub-Stranz, Kommentar zur W.O., 11. Auflage
Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Auflage
Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO., 12. und 13. Auflage
Stintzing, „Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse"
Stobbe, Deutsches Privatrecht, §§ 209, 212, 219, 220
Thöl, Handelsrecht, Bd. 1, § 246
Tobias, Diss. Rostock 1916 „Der Vorvertrag nach dem BGB."
Traut, Diss. Heidelberg 1911 „Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag in besonderer Berücksichtigung des Anspruchs auf den Vorvertrag und seiner Geltendmachung"
Unger, in Ihering's dogm. Jahrbuch. Bd. 8, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 3, S. 388
Warneyer, Jahrbuch des Deutschen Rechts. (Näheres siehe in der Abhandlung!)
Wendt, Pandekten § 201
Windscheid-Kipp, Pandekten § 310, 8. Auflage.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung: Unklarheit über den Vorvertrag
B. I. Teil: Geschichte des Vorvertrages
1. Abschnitt: Vorvertrag im römischen Recht
2. Abschnitt: Vorvertrag im germanischen Recht
3. Abschnitt: Vorvertrag im gemeinen Recht
4. Abschnitt: Vorvertrag im neuzeitlichen deutschen Recht.
II. Teil: Allgemeines
1. Abschnitt: Begriff des Vorvertrages
2. Abschnitt: Bezeichnung des Vorvertrages
3. Abschnitt: Definition des Vorvertrages
III. Teil: Der Vorvertrag ein Vertrag sui generis?
1. Abschnitt: Der Vorvertrag sowohl einseitig wie zweiseitig (Einteilungsversuche von Adler und Breit)
2. Abschnitt. Die Causa des Vorvertrages
3. Abschnitt: Selbständigkeit des Vorvertrages in zeitl. Hinsicht
4. Abschnitt: Die wechselnde Abtretbarkeit ein weiterer Grund gegen die Annahme des Vorvertrages als Vertrages sui generis
5. Abschnitt: Ergebnis: Der Ververtrag kein Vertrag sui generis
6. Abschnitt: Die Einreihung des Vorvertrages ins System
IV. Teil: Die Anwendbarkeit des Vorvertrages
1. Abschnitt: Der Vorvertrag beliebig einseitig oder zweiseitig?
2. Abschnitt: Der Vorvertrag zu Konsensualverträgen
a): Der zweiseitige Vorvertrag zu Konsensualverträgen (Zusammenfallen des Vorvertrages mit dem Hauptvertrag?)
b): Der einseitige Vorvertrag zu Konsensualverträgen (Ist er Offerte? Die Bedingung „si volet")
3. Abschnitt: Vorvertrag zu Verträgen, bei denen neben dem Konsens noch ein weiteres Erfordernis nötig ist
a): Vorvertrag zu Realverträgen
b): Vorvertrag zu formellen Verträgen (pactum de cambiando. Vertragsreproduktion)
4. Abschnitt: Vorvertrag nur zu obligatorischen Verträgen möglich? (Vorvertrag bei der Auflassung? Verhältnis vom obligatorischen zum dinglichen Vertrag? Vorvertrag bei bedingungs- und befristungsfeindlichen Verträgen? Vorvertrag zu genehmigungspflichtigen Verträgen?)
V. Teil: Der Vorvertrag des näheren
1. Abschnitt: Gültigkeitserfordernisse des Vorvertrages
a): Inhaltsbeschaffenheit
b): Form des Vorvertrages

2. Abschnitt: Abtretbarkeit und Vererblichkeit des Anspruches aus dem Vorvertrag
3. Abschnitt: Pfändbarkeit des Anspruches aus dem Vorvertrag. Sein Schicksal im Konkurs nebst Anfechtung
4. Abschnitt: Aufrechenbarkeit, Verjährung und clausula rebus sic stantibus

VI. Teil: Die Verfolgbarkeit des Anspruches aus dem Vorvertrag
1. Abschnitt: Worauf geht der Anspruch?
2. Abschnitt: Worauf geht die Klage?
3. Abschnitt: Die Vollstreckung des Urteils

VII. Teil: Bestrittene Erscheinungen in Bezug auf den Vorvertrag
1. Abschnitt: Der Wiederkauf und das Vorkaufsrecht
2. Abschnitt: Der Kauf mit der Umtauschklausel
3. Abschnitt: Das Schenkungsversprechen.

C. Schluß: Das Vorkommen des Vorvertrages, sein rechtlicher Wert und seine wirtschaftliche Bedeutung.

Der Vorvertrag.

Einleitung.

Der Vorvertrag ist ein Vertrag, gerichtet auf Abschluß eines künftigen Vertrages, oder wie Thöl gesagt hat, ein Vertrag des Inhalts, daß ein Vertrag geschlossen werden solle. Pactum de contrahendo ist die andere und frühere Bezeichnung des Vorvertrages. Unser bürgerliches Gesetzbuch kennt wohl in einzelnen Bestimmungen diesen vorvertraglichen Tatbestand, z. B. in § 610, aber eine besondere Regelung dieses Begriffes ist in ihm nicht vorhanden. Die Motive, Band 1, Seite 178, geben als Begründung, daß „von einer allgemeinen Regelung des Vorvertrages mangels zureichenden Bedürfnisses abgesehen wurde". Der Wissenschaft blieb es überlassen, mit Hilfe der Analogie die Regeln des Vorvertrages zu suchen und herauszuarbeiten. Der eigentümliche Vertragsinhalt aber war dazu angetan, wie vordem Meinungsverschiedenheiten zu erzeugen und Einmütigkeit in der Auffassung des Vorvertrages zu verhindern. Als Folge der Nichterwähnung im BGB. ist auch die Behandlung in den Lehrbüchern und Kommentaren eine mangelhafte und läßt nicht zur völligen Klarheit über den ganzen Fragenkomplex des Vorvertrages kommen. Schloßmann behauptet, man solle den hohlen Begriff des Vorvertrages sobald als möglich beiseite schaffen und Zeit und Mühe für wichtigere Probleme aufsparen; denn den Vorvertrag selbst habe noch niemand lebendig vor Augen gesehen — ebenso wenig wie von allen den Seefahrern, die von Zeit zu Zeit die große Seeschlange so anschaulich zu schildern mußten, sie jemals wirklich einer zu Gesicht bekommen habe.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0027

I. Teil.

Geschichte des Vorvertrages.

1. Der Vorvertrag im römischen Recht.

„Den Römern war der Vorvertrag wohl bekannt" schreibt Regelsberger in seinen zivilrechtlichen Erörterungen Seite 129. Dem ist zu entgegnen, daß im römischen Recht weder ein eigentümlicher Name vorhanden ist, noch auch der Begriff „Vorvertrag" ausgebildet worden ist. Man findet nichts, daß sich die römischen Juristen mit einem besonderen Begriff „Vorvertrag" beschäftigt hätten. Von dem aus unserem Recht genommenen Begriff aus müssen wir suchen, ob wir im römischen, wie später auch im alten deutschen Recht, Möglichkeit oder Merkmale des Vorvertrages finden können.

Inwiefern wir im römischen Recht die Möglichkeit des Vorvertrages finden können, zeigt ein Blick auf das römische Vertragssystem. Von Besonderheit ist hier die scharfe Teilung zwischen civilis und naturalis obligatio, zwischen der klagbaren und unklagbaren Obligation. Der Vorvertrag ist im modernen Recht ein Konsensualvertrag, ein Vertrag, der durch bloßen Konsensus zustande kommt. Im römischen Recht konnten nur in den bekannten vier Fällen, Kauf, Miete, Auftrag, Gesellschaft, allein durch Konsensus ein Kontrakt, eine klagbare Zivilobligation entstehen. Für den Vorvertrag als Konsensualkontrakt war von vorneherein kein Platz. War daher der Vorvertrag, wie ich einmal sagen will, konsensual abgeschlossen, so war er eine unklagbare Naturalobligation, ein bloßes pactum. Es fehlte ihm also das wichtigste Element eines vollwertigen Vertrages, die Klagbarkeit. Wegen Nichteinhaltung der übernommenen Verpflichtung konnte nicht geklagt werden. Was wir unter Vorvertrag verstehen, kann hierin also nicht gefunden werden. Trotzdem weist man hier dem pactum de contrahendo, der gemeinrechtlichen Anschauung folgend, angestammten Platz an. Mit welchem Recht man das für das römische Recht annehmen will, ist nicht erwiesen.

Dieses konsensuale pactum wurde nicht klagbar, als im Laufe der Zeit verschiedene nuda pacta mit Klage ausgestattet, zu pacta vestita wurden. Um ein pactum nudum klagbar zu machen, konnte man es aber auch an einen bonae fidei Vertrag als pactum adjectum anhängen. Dieses pactum adjectum war dann klagbar mit der Hauptklage, aber nur weil man es als Nebenverabredung zum Hauptvertrag ansah. Eine Verabredung, einen anderen neuen künftigen Vertrag zu schließen, ist aber nicht mehr Nebenverabredung zum Hauptvertrag, bildet nicht mehr mit dem Hauptvertrag eine solche zu ihm gehörende Einheit, daß die Klage aus dem Hauptvertrag die Kraft besitzt, die Nebenverabredung klagbar zu decken. Auf diesem Wege kann die Möglichkeit eines Vorvertrages nach unserem Dafürhalten nicht konstruiert werden. (Siehe späterhin unter Teil VII.)

Mit Hilfe des Formalvertrages des römischen Kontraktsystems kommen wir dem Ziele näher. Durch die stipulatio mit der Formel „spondesne . . . spondeo" konnte jeder Schuldvertrag zum Range eines Kontrakts erhoben werden. Gegenstand eines Schuldvertrages, einer obligatio, konnte sein ein dare, facere, praestare, vergl. L 3 pr. D de obl. et actionibus, 44, 7. Der Vorvertrag geht auf contrahere, einen künftigen Vertrag schließen, also auf ein facere. Ob auch die Stipulation auf facere gehen konnte, ist bestritten, jedoch zu bejahen. Die Stipulation war wohl ein Zuwendungsgeschäft; aber da die Stipulation ein Formalvertrag war und in die Stipulationform jeder Schuldvertrag gekleidet werden konnte, war auch das stipulari eines facere, eines contrahere möglich. Siehe dazu im gleichen Sinne die Quellenstellen L 13 § 1, D de re iud 42, 1; L 81 pr. D 45, 1; L 49 § 2 D 45, 1. Daraus, daß die stipulatio ein stricti juris negotium war, die Verurteilung aus einem stricti juris negotium sich streng an diesen Wortlaut halten mußte, zugleich aber die Verurteilung im römischen Recht nur auf Geld ging, ergaben sich daraus Streitfragen, die bis jetzt ungelöst blieben.

Nach römischem Recht konnten nur vermögenswerte Leistungen Gegenstand einer Obligation sein: „Ea in obligatione consistere, qua pecunia lui praestarique possunt" L 9 § 2 D de statu lib. 40, 7. Auf die geschuldete Leistung selbst konnte die Verurteilung und Vollstreckung nicht gehen, sondern nur auf eine bestimmte Geldsumme. Ist aber die Verpflichtung auf Vertragsschluß eine obligatio mit Vermögenswert? Einen Vermögenswert kann man insoferne finden, als man sagt, das Interesse an dem Zustandekommen des künftigen Vertrages ist der Vermögenswert. Anschließend ist hier die vielumstrittene Stelle zu erwähnen L 68 de 45, 1, auf die sich im

Grunde genommen das Quellenmaterial über den Vorvertrag im römischen Recht beschränkt. (Göppert a. a. O. Seite 400.) Diese Stelle lautet: Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes?, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. Ueber die Worte: „. . . ist die Stipulation unbestimmt (ungenau), weil das Interesse in die Stipulation kommt" geht der Streit. Degenkolb ändert hierin seinen früher eingenommen Standpunkt und schließt sich der Meinung von Brinz a. a. O. S. 1591, Lotmar „causa" Seite 57 an, daß „von Anfang an nur das Interesse in stipulatione sei" (Brinz) — siehe auch Göppert Seite 409 ff. und dort zitiert Beseler – daß „bei unbefangener Würdigung der römischen Quellen diese bei der stipulatio faciendi den Anspruch selbst, nicht bloß die condemnatio auf das id quod interest beziehen" (Degenkolb a. a. O. Seite 63 ff.) Letzterer fragt: Warum nennt der Jurist nur das id quod interest als in die Stipulation einzubeziehendes Objekt, wenn er als primär geschuldete Leistung das facere bejahen wollte? Der Vorvertrag auf contrahere fährt schlecht dabei. Es könnte zwar aus der Stelle geschlossen werden, daß sie den eigentümlichen Vertragsinhalt eines Vorvertrages nicht verneint, sondern sich nur mit der für diesen Fall besonderen Stipulationsformel befaßt und darlegt, daß die im ersten Teil der Stelle gebrachte Stipulationsformel bestimmt und brauchbar ist, im zweiten Teil der Stelle, im zweiten Fall aber nicht, da eben die Condemnation auf Geld geht und aus der Stipulation als stricti juris negotium stricte condemniert werden muß, weshalb auch das Interesse als Geldsumme in die Stipulationsformel irgendwie aufgenommen werden muß. Wenn aber die Stipulation auf das Interesse geht und nicht auf das contrahere, so ist das eben doch nicht der Vertragsinhalt eines Vorvertrages.

Nimmt man nun an, daß ein Vorvertrag, eine stipulatio auf contrahere im römischen Recht möglich war, so ist der Unterschied zum modernen Recht der, daß dieser Vertragsinhalt nicht zwangsweise verwirklicht werden konnte. Wenn man auch in Betracht zieht, daß späterhin in gewissen Fällen der Prätor den Judex anweisen konnte — (siehe auch für das Folgende Göppert Seite 412, Degenkolb Seite 46) – aequitate arbitrari, eine Entscheidung zu geben, welche den Umständen nach bemessen war, so ist doch fraglich, wie weit das bei der stipulatio als stricti juris negotium ging. Gibt man auch diese Möglichkeit des Arbitriums zu, so daß entsprechend dem Vertrag naturale, also nicht auf Geld, gehende Erfüllung dem Nichtleistenwollenden auferlegt wurde (mit der

obigen Stelle stimmt sie nicht überein!), letztlich mußte bei Nichterfullung des Arbitrium doch auf Geld condemniert werden. Dieses Schicksal hatten zwar die anderen Verträge auf facere auch, nicht nur der Vorvertrag allein.

Im übrigen konnte durch das spondeo der Stipulation nur ein einseitiger Vertrag entstehen; ein zweiseitiger Vorvertrag war daher überhaupt in klagbarer Form unmöglich. Nur durch zwei Stipulationen, zwei Formalverträge, wäre man der Wirkung des heutigen zweiseitigen Vorvertrages nahe gekommen. Zusammenfassend ist festzustellen: Der Vorvertrag, wie wir ihn im modernen Recht kennen mit seiner Klagbarkeit, mit seiner Vollstreckbarkeit war im römischen Recht nicht vorhanden.

2. Der Vorvertrag im germanischen Recht.

Ob im germanischen Recht die Möglichkeit für das Vorkommen eines Vorvertrages gegeben war, zeigt auch hier ein Blick auf das ganze Vertragssystem, das sich erst langsam entwickelte. Bei dem Zustand der wirtschaftlichen Entwicklung fehlte das Bedürfnis für besonders entwickelte Verkehrsgeschäfte. Die ältesten Verkehrsgeschäfte waren überhaupt Bargeschäfte; die Möglichkeit eines Vorvertrages scheidet von vorneherein aus bei diesem Rechtszustand. Durch die dann entstehenden Realverträge konnten aber nur solche Schuldverhältnisse begründet werden, bei denen auf beiden Seiten Leistungen neben dem Konsens vorzunehmen waren. Auch die Abschwächung des Realvertrages zum Arrhalvertrag, der nurmehr den Schein eines Realvertrages wahrte, verhalf den Vorverträgen nicht zum Leben; denn der Vorvertrag geht eben nicht auf res sondern auf contrahere, auf ein Handeln, und contrahere als Leistung konnte nicht durch arrha symbolisiert werden. Arrha war bindende Anzahlung, wenn auch nur Scheinleistung. So bleibt nur der Formalvertrag als Entstehungsmöglichkeit. Jeder Schuldvertrag bedurfte einer bestimmten Form. Diesem wurde dann der Haftungsvertrag ebenfalls in bestimmter Form beigefügt. Als Formalvertrag, besonders als dann durch die Form des Treugelübdes Haftung und Schuld begründet werden konnte, ebenso durch die spätere wadia, in weiterer Folge durch Urkundenbegebung, konnte ein Vorvertrag entstehen, und zwar durch das Treugelübde ein einseitiger, durch den Wadiationsakt, später Urkundsakt, einseitige wie zweiseitige Vorverträge. Trotz der Möglichkeit werden aber Vorverträge in dieser Form aus mangelndem Verkehrsbedürfnis nicht vorgekommen sein.

Die sogenannte convenientia oder stantia — nach Heusler Inst. d. deutschen Privatrechtes Band 2, Seite 239 ff. im langobardischen Recht vorkommend — ist zu wenig erforscht und geklärt, um sie ohne weiteres als Vorvertrag ansprechen zu können. In den Formen des Formalvertrages konnte ja wie oben gezeigt ein Vorvertrag entstehen. Doch ein Vorvertrag des heutigen Rechts, konsensual abgeschlossen, war nach dem Eintwicklungszustand des Rechts nicht möglich.

3. Der Vorvertrag im gemeinen Recht.

Im gemeinen Recht finden wir dann den Begriff des Vorvertrages als pactum de contrahendo. Ihm wurde bis zu den Kodifikationen im neuen Recht wenig Beachtung geschenkt, im übrigen war er völlig umstritten. Der Streit ging über die Form, die seine Existenz ermöglichte, im Zusammenhang des Problems der nuda pacta, über seinen Inhalt als obligatio faciendi mit der fraglichen Vollstreckung, über sein Verhältnis zum Hauptvertrag im Zusammenhang mit den pacta praeparatoria. Als unter dem Einfluß des kanonischen Rechts und des Naturrechts der Grundsatz der Verbindlichkeit formloser Verträge allgemeine Geltung erlangt hatte, war die Grundlage des heutigen Vorvertrages geschaffen.

4. Der Vorvertrag im neuzeitlichen deutschen Recht.

Die landesrechtlichen Kodifikationen erwähnen zum großen Teil den Vorvertrag, doch herrscht keine Einigkeit in der Anschauung, man tastet noch im Ungewissen. So der code civil Artikel 1589, preuss. Landrecht Teil 1 tit. 11, § 653—661, sächs Gesetzbuch §§ 1067—1069, 1173 und 1174, österreich. Gesetzbuch § 936 mit §§ 971 und 983, Zürcher Priv. rechtl. Gesetzbuch § 1109—1112.

Gingen vorher die Streitfragen mehr um formale Fragen, so gab Thöl mit seiner Ausführung über den Vorvertrag (Thöl Handelsrecht § 246) den Anstoß, sich näher mit dem speziellen Begriffsinhalt auseinanderzusetzen. Vor allem Degenkolb mit seiner Abhandlung „Zur Lehre vom Vorvertrag“ (a.a.O.) rückte den Vorvertrag in den Mittelpunkt eines lebhaft sich entspinnenden wissenschaftlichen Streites. Bald nach dem Inkrafttreten des BGB. erlahmte jedoch das wissenschaftliche Interesse am Vorvertrag.

Das BGB. hat den Vorvertrag nicht geregelt „mangels zureichenden Bedürfnisses“, wie schon erwähnt. Im öster-

reichischen Recht gilt die Regelung des § 936 ABGB.[1]) Wie aber die Motive zum BGB. erklären, unterliegt, falls der Inhalt des künftigen Vertrages, der auf Grund des Vorvertrages abgeschlossen werden soll, genügend festgestellt wird, die grundsätzliche Zulässigkeit keinem Zweifel. Im BGB. herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit und nur die am häufigsten vorkommenden Vertragstypen sind speziell gesetzlich geregelt.

[1]) § 936: Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des Einen oder anderen Teils verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen.

II. Teil.

Allgemeines.

1. Begriff des Vorvertrages.

Uebereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen zweier oder mehrerer Personen, die unmittelbar Entstehung, Beseitigung, Aenderung eines Rechtsverhältnisses hervorbringen, sind ein Vertrag. Kann die eine Person kraft solcher Willenseinigung von der anderen Person ein Handeln oder Unterlassen fordern, so ist der vorliegende Vertrag ein schuldrechtlicher oder obligatorischer. Er begründet ein Forderungsrecht der einen Partei, eine Leistungspflicht der anderen, ein Schuldverhältnis, wie sich das BGB. im § 241 ausdrückt. Entspringt den vertraglichen Willenserklärungen nur ein Forderungsrecht und eine dementsprechende Leistungspflicht, so ist der Vertrag ein einseitig verpflichtender. Entstehen aber zwei korrespondierende Schuldverhältnisse aus einem Vertrag, so ist dieser Vertrag ein zweiseitiger oder gegenseitig verpflichtender. Die eine Leistung muß hiebei als Aequivalent der anderen Leistung versprochen sein und soll als Aequivalent nach der erklärten Absicht der Parteien gelten. Nun kann die eine Partei, die eine Forderung auf Leistung hat, eine Verpflichtung zu einer Leistung übernommen haben, die nicht als Entgelt ihrer Berechtigung erscheint. Nach römischer Einteilung der Verträge spricht man hier von einem Vertrag bilateralis inaequalis; nach Enneccerus ist es ein nicht streng einseitiger Vertrag, da nach seiner Meinung die Abscheidung der gegenseitigen Verträge von allen einseitigen, also streng einseitigen und nicht streng einseitigen, weit mehr ins Gewicht fällt als die Verschiedenheit der streng und nicht streng einseitigen. Staudinger Kommentar Seite 607 nennt diesen Vertrag, dem nur eine Verpflichtung des einen Teils wesentlich ist, aus dem aber auch eine Verpflichtung des andern Teils entstehen kann, (nicht entstehen muß) z. B. der etwaige Ersatz von Aufwendungen des Auftraggebers nach § 670 BGB., einen unvollkommenen zweiseitigen Vertrag und läßt ihn eine Zwischenstellung einnehmen. Mit diesem Ergebnis begnügen wir uns,

daß eben ein solcher Vertrag, mag man ihn nun unvollkommen zweiseitig oder nicht streng einseitig nennen, eine Zwischenstellung einnimmt.

Der Vorvertrag begründet nun als obligatorischer Vertrag durch die beiderseitigen Konsenserklärungen für die eine Partei das Recht, von der anderen Partei zu fordern, daß diese alle für den Abschluß eines anderen, künftigen Vertrages — des sogenannten Hauptvertrages — erforderlichen rechtlichen Handlungen vornehme, soweit diese ihr obliegen. Für die andere Partei besteht die Pflicht, diese Handlungen auszuführen. Der Inhalt der Forderung, die geschuldete Leistung, besteht also in dem Schließen des Hauptvertrages. Somit haben wir ein Forderungsrecht, eine Leistungspflicht, den einseitigen Vorvertrag. Sind zwei Schuldverhältnisse Vertragsinhalt, kann jede Partei von der anderen verlangen, durch Handlungen am Zustandekommen des künftigen Vertrages mitzuwirken, so ist der Vorvertrag ein gegenseitiger Vorvertrag. Weiterhin entsteht die Möglichkeit, daß sich nur eine Vertragspartei zum Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet und daß sich die verpflichtete Partei ihrem Versprechen gegenüber irgend welche Gegenleistungen beliebiger Art ausbedungen hat. Nach Göppert (Seite 420) liegt dann ein zweiseitiger Vorvertrag vor. Da aber der Verpflichtung der einen Partei, das ihrerseits Erforderliche zum Vertragsschluß zu tun, als vollwertiges Aequivalent nur die Verpflichtung der Gegenpartei, ihrerseits ebenfalls die zum Vertragsschluß erforderlichen Handlungen zu bewirken, gegenübersteht, so erscheinen Gegenleistungen, die nicht in der Verpflichtung zum Vertragsschließen bestehen, nicht als gleichwertig, als Aequivalent, und ein solcher Vorvertrag nimmt die Zwischenstellung zwischen einseitigem und zweiseitigem Vorvertrag ein. (Siehe darüber auch später bei der Betrachtung über die causa des Vorvertrages!)

Im Vorvertrag verpflichten sich die Parteien, jede das ihrerseits erforderliche Handeln zu bewirken, um den Vertragsschluß des Hauptvertrages herbeizuführen. Daraus ergibt sich begriffsnotwendig, daß der Hauptvertrag zwischen den Parteien des Vorvertrages abgeschlossen werden muß. Schließt B mit A einen Vertrag des Inhaltes, daß B sich verpflichtet mit C einen Vertrag abzuschließen, so ist der Vertrag B—A kein Vorvertrag. Dies ist als Vertrag zu gunsten eines Dritten anzusehen, bei dem der Dritte ein unmittelbares Recht auf Abschluß des Hauptvertrages erhalten kann. Die Leistung zugunsten des Dritten würde in dem Abschluß des „Hauptvertrages" bestehen. Diesen Abschluß des Hauptvertrages kann nur B von C verlangen auf grund eines Außenverhält-

nisses, aber nicht A; denn C ist dem A gegenüber nicht verpflichtet den Hauptvertrag abzuschließen. Wenn C sich weigert den Hauptvertrag abzuschließen, kann von A der Abschluß des Hauptvertrages durch C nicht erzwungen werden. Die Verträge zugunsten eines Dritten bilden keinen eigenen Vertragstypus, sie sind nur Abwandlungen der im Deckungsverhältnis stehenden regelmäßigen Vertragstypen. Das Deckungsverhältnis muß einen Rechtsgrund haben und die Leistung des Schuldners geschieht dann solvendi causa aus dem Deckungsverhältnis, Verhältnis zwischen A und B. Bei Nichtzutreffen des Rechtsgrundes im Deckungsverhältnis erwirbt auch der Dritte keine Forderung. Liegt im Deckungsverhältnis kein Rechtsgrund vor, dann kann der Schuldner vom Gegner den „Hauptvertrag" konzidieren. Das Valutaverhältnis (B—C) hat desgleichen einen Rechtsgrund und die Leistung an den Dritten geschieht solvendi, credendi oder donandi causa. Beim Mangel dieses Rechtsgrundes kann der Gegner von dem Dritten konzidieren, der Schuldner nur, wenn auch im Dekkungsverhältnis der Rechtsgrund ermangelt. Das Valutaverhältnis ist für die Wirksamkeit des Vertrages zugunsten eines Dritten ohne Belang.

Daraus ergibt sich, daß der Vertrag zugunsten eines Dritten ein Vertrag mit eigener causa ist, die von der causa eines abzuschließenden Vertrages verschieden ist; denn die Leistung, der abzuschließende Vertrag, hat seine besondere causa in sich. Die causa des Vorvertrages ist aber von der des Hauptvertrages nicht verschieden, wie später zu ersehen ist. Der Vertrag zugunsten eines Dritten kann kein Vorvertrag in unserem Sinne sein. Der verschiedene Rechtsgrund macht es unmöglich, den Vertrag zugunsten eines Dritten als Vorvertrag anzusehen. Damit kommen wir neben der vorhin erwähnten Begriffsnotwendigkeit auch aus diesem zweiten Grunde zurück zu unserem Satz: Die Parteien des Vorvertrages müssen die Parteien des Hauptvertrages sein.

Wird der Anspruch auf den Vorvertrag abgetreten, soweit dies möglich ist, so ist das etwas anderes. (Siehe hierüber später bei der Abtretbarkeit.)

2. Die Bezeichnung des Vorvertrages.

Die besondere Art der Leistung unterscheidet vor allem den Vorvertrag von anderen Schuldverträgen. Ersichtlich zeigt dies der lateinische Name pactum de contrahendo. Den deutschen Bezeichnungen mangelt die Klarheit. Das von Thöl geprägte Wort „Vorvertrag" bezeichnet wenig mehr als den zeitlichen Unterschied zwischen zwei Verträgen. Nicht mehr

für sich einnehmend sind jedoch die anderen versuchten Bezeichnungen. „Vertragsberedung" von Beseler (Erbverträge Band 2, Seite 56 ff.) läßt nicht den Charakter als Vertrag erkennen, „Verpflichtungsvertrag" von Deiter (Diss. Marburg 1902) sagt nur aus, was jede denkbare Art von Vertrag zum Gegenstande hat, eine Verpflichtung. Im allgemeinen ist zu sagen: Mag auch die Bezeichnung de contrahendo treffender sein, das Wort „Vorvertrag" hat sich behauptet und allgemein durchgesetzt.

3. Definition des Vorvertrages.

Weniger Einheitlichkeit herrscht in der Definition. Thöl's Begriffsbezeichnung wird abgelehnt — ein Vertrag des Inhaltes, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also ein gegenwärtiger Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspreche — aus sprachlichen Gründen, weil „ein Vertrag nichts versprechen könne", aus technischen, weil zuviel Wert auf das Zeitliche gelegt werde. Degenkolb bestimmt die aus dem Vorvertrag hervorgehende Verpflichtung als „gerichtet auf das dem betreffenden Vertrag (Hauptvertrag) entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluß" a.a.O. Seite 17. In Staudinger's Kommentar zum BGB. (Vorbemerkung zu § 145) wird der Vorvertrag bezeichnet als ein Vertrag, in welchem die Verbindlichkeit zum Abschluß eines anderen Vertrages bestimmter Art, des sogenannten Hauptvertrages, übernommen wird. Endemann (Lehrbuch des bürgl. Rechts Bd. 1 § 106) nennt Vorverträge bindende Verträge, deren Leistungsinhalt in der Verpflichtung zum Abschluß eines zweiten Vertrages, des Hauptvertrages, besteht. Kaubes (a.a.O.) stellt als Definition auf. Ein Vertrag, der gerichtet ist auf Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen, die einen künftigen Vertrag darstellen sollen und deren Inhalt und Art sich demgemäß aus der Natur des jeweiligen künftigen Vertrages ergeben, ist ein Vorvertrag. In Soergel „Rechtssprechung" 1926, S. 161 findet sich: Vorvertrag ist ein Vertrag, der ohne die endgültig gewollte Rechtswirkung unmittelbar herbeizuführen, lediglich den künftigen Abschluß eines Endvertrages durch eine zweckentsprechende Binduug der Parteien sicherstellt. Traut endlich erklärt (a.a.O. S. 10): Der Vorvertrag ist ein Vertrag, in dem einer oder jeder der Contrahenten dem anderen seine Mitwirkung zum Abschluß eines obligatorischen Vertrages verspricht.

Aus der Fülle der angeführten Definitionen ist ohne weiteres erkenntlich, daß jeder Bearbeiter des Vorvertrages den Schwerpunkt auf ein anderes Merkmal legen zu müssen

glaubt und bestrebt ist, oft in allzu großer Kürze sämtliche Punkte des von anderen Verträgen so verschiedenen Vorvertrages anzuführen. Ob letzteres überhaupt möglich ist und welche Merkmale die Besonderheit des Vorvertrages ausmachen, das ergibt die folgende Abhandlung. Wir stellen hier als kurze brauchbare Definition auf: Der Vorvertrag ist ein Vertrag, in dem der zukünftige Abschluß eines bestimmten Vertrages zwischen denselben Vertragsparteien einseitig oder gegenseitig versprochen wird.

III. Teil.

Ist der Vorvertrag ein Vertrag sui generis?

Der Vorvertrag ist ein Vertrag, der ein contrahere zum Leistungsinhalt hat. Ein Vertrag mit solchem Leistungsinhalt ist in einem vom BGB. geregelten Vertragstypus nicht einzupassen. Ein solcher Vertrag ist von allen verschieden, er ist eine Vertragserscheinung für sich, er ist ganz eigenartig. Es entsteht die Frage, ob der Vorvertrag als Vertrag sui generis anzusprechen ist.

Ein Vertrag „eigener Art" ist ein Vertrag dann, wenn er nicht in die vom Gesetz geregelten Vertragstypen paßt, sondern eigenen, von den Parteien innerhalb der allgemeinen Vertragsregeln gesetzten Regeln folgt, einen von anderen verschiedenen eigentümlichen Vertragsinhalt und Rechtsgrund hat. Ein solcher Vertrag sui generis hat, mag er auch selten oder nur einmal vorkommen, doch damit seinen Vertragstypus erhalten, den er nicht wechseln kann, ohne seinen Typus zu wechseln. Der Garantievertrag z. B., der als Vertrag sui generis anzusehen ist, hat diesen seinen eigentümlichen Vertragstypus, verschieden von anderen im Gesetz geregelten oder nicht geregelten Vertragstypen, ein für allemal. Der Vertrag sui generis ist damit jeweils ein spezieller Vertrag mit feststehenden charakteristischen Vertragsmerkmalen, wie z. B. der Kauf ein ebensolcher spezieller Vertrag ist, nur daß seine charakteristischen Merkmale bei seiner Häufigkeit im Gesetz festgelegt sind.

Will man rein dialektisch, vom Vertrage ausgehend, die Regeln über den Vorvertrag gewinnen, so könnte man leicht in die Versuchung kommen, den Vorvertrag ohne weiteres als Vertrag sui generis anzusprechen. Leicht führt dazu auch die Ableitung der Möglichkeit der Existenz eines Vorvertrages aus der Vertragsfreiheit des BGB. Doch ist der Vorvertrag nach den verschiedensten Richtungen hin zu eigenartig, um ihn als ungeregelten Vertrag den geregelten Verträgen des speziellen Teiles der Schuldverhältnisse hinzuzuzählen.

1. Der Vorvertrag sowohl einseitig wie zweiseitig.

Als erste Eigenart ergibt sich, daß der Vorvertrag sowohl einseitiger wie zweiseitiger Vertrag sein kann. Diese Möglichkeit der beiden Formen wurde zum Teil nicht beachtet, zum Teil geleugnet. Degenkolb bringt in seiner bahnbrechenden Schrift keine Ausführungen darüber. Göppert gibt (S. 418 a. a. O.) eine kurze Aufstellung, daß die einen den Vorvertrag als einseitigen Vertrag definierten wie v. d. Pfordten auch Koch, andere als zweiseitigen Vorvertrag wie Regelsberger usw. Doch ergibt sich diese Möglichkeit schon rein begriffsmäßig.

Adler untersuchte diese Möglichkeit des Vorvertrages, bald einseitig, bald zweiseitig zu sein und ging von der Einteilung der Verträge aus. Diese teilte er in Einleistungs- und Zweileistungsverträge ein und unterschied in der Folge den Möglichkeiten entsprechend den einseitig bindenden Vorvertrag zum Einleistungsvertrag, den einseitig bindenden Vorvertrag zu Zweileistungsverträgen, den zweiseitig bindenden Vorvertrag, der nur zum Zweileistungsvertrag möglich sei. Was ist aber ein Zweileistungsvertrag? Umfaßt dieser Begriff nur die vollkommen gegenseitigen oder auch die unvollkommen gegenseitigen Verträge? Diesen Unterschied läßt dieser Ausdruck nicht erkennen. Breit sucht diese Erscheinung des einseitigen und zweiseitigen Vorvertrages dadurch zu klären, daß er eine neue Einteilung der Vorverträge in drei Klassen vornimmt. Er teilt die gesamten Vorverträge ein in Offerierungsverträge, Acceptierungsverträge und Contrahierungsverträge. Die ersten beiden Arten sind einseitige Vorverträge, unterschieden darnach, ob der Verpflichtete die Offerte des Hauptvertrages stellen muß oder ob er die Offerte des Berechtigten annehmen muß, acceptieren muß. Der Contrahierungsvertrag ist der zweiseitige Vorvertrag, Contrahierungsvertrag genannt, weil beide Teile zu gleichartigen Leistungen, nämlich Offerte bezw. Accept verpflichtet sind. Der Unterschied des Contrahierungsvertrages zu den beiden anderen Arten besteht also darin, daß beim Offerierungs- und Acceptierungsvertrag der einseitig Verpflichtete gar nicht zum Contrahieren verpflichtet ist, sondern nur dazu seine Bereitwilligkeit zum Abschluß des Hauptvertrages dem Berechtigten entgegen zu bringen und daß erst dann contrahiert wird, wenn der Berechtigte beim Abschluß des Vertrages mitwirkt, während beim Contrahierungsvertrag die Mitwirkungspflicht von vorneherein bestehen soll. Contrahierungsverträge sind also die zweiseitigen Vorverträge, die

sich und zwar nur sie allein von vorneherein auf Abschluß des Hauptvertrages richten. Richtig ist der Einwand von Tobias, daß die Mitwirkungspflicht bei den einseitigen Vorverträgen nicht erst in dem Augenblick der gleichzeitigen Mitwirkung des Berechtigten entsteht, auch nicht erst, wenn der Berechtigte Abschluß des Hauptvertrages verlangt. Die Mitwirkungspflicht des Verpflichteten besteht beim Offerierungs- und Acceptierungsvertrag genau wie beim Contrahierungsvertrag mit Abschluß des Vorvertrages. Von diesem Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages ab geht die Verpflichtung auf Contrahieren. Insoferne sind die ersten beiden Arten ebenfalls Contrahierungsverträge.

Durch diese Breit'sche Einteilung wird aber wiederum die Frage aufgeworfen, ob die Parteirollen durch den Vorvertrag für den Hauptvertrag festgelegt sind oder nicht. Schon Degenkolb (a. a. O. S. 17) kam zu der Feststellung, daß „der Vorvertrag, obwohl in jedem Fall auf ein contrahere gerichtet, damit an sich über die dem Verpflichteten obliegende Funktion in dem künftigen Hauptvertrag nicht entscheidet". Wenn aber Breit von Offerierungs- und Acceptierungsverträge redet, so legt er eben dadurch die Offerentenrolle im Hauptvertrag fest, einer ist für allemal Offerent, der andere Acceptant. Es ist wohl anzunehmen, daß Breit das nicht im Auge hatte und die Benennung „Offerierungsvertrag" nur an die Verpflichtung zum Mitwirken bei zufälliger Offerentenrolle im Hauptvertrag geknüpft hat. Bei fester Offerenten (oder Acceptanten-) Rolle muß die Initiative von dem Offerenten ausgehen, soll der Hauptvertrag zustande kommen. Wer begriffsnotwendig Acceptant ist, kann nicht durch antizipierte Annahme Offerent werden (das anderen Regeln folgende Blankoaccept im Wertpapierrecht ist hier nicht in Betracht zu ziehen). Diese Parteirolle kann wohl ausdrücklich durch Parteivereinbarung kraft Vertragsfreiheit festgelegt werden, begriffsnotwendig kann sie aber nicht als fest gelten. Aendert sich doch beispielsweise beim Handeln um den Preis fortwährend die Offerentenrolle. Kommt vielleicht der Hauptvertrag nicht zustande, wenn der Acceptant anbietet, offeriert? Daß der Hauptvertrag zustande kommt, gleichviel wer die Initiative ergreift, also die Offerte anbringt, ist nicht zu bestreiten. Es ist daher an der Degenkolb'schen Ansicht festzuhalten, daß sich der Vorvertrag den Parteirollen gegenüber indifferent verhält, somit auch die Einteilung in Offerierungs- und Acceptierungsverträge nicht als Lösung zu betrachten ist.

Diese Eigenart des Vorvertrages, einseitig und zweiseitig zu sein, ist durch das Vorstehende ausführlich dargelegt

worden. Ist nun daraus, daß der Vorvertrag einseitig und zweiseitig sein kann, zu schließen, daß der Vorvertrag kein fester Vertragstypus ist? Diese Frage ist berechtigt, wenn wir sagen, daß Verträge bestimmt zweiseitig oder bestimmt einseitig sind und ihren Vertragstypus wechseln, wenn aus einseitigen zweiseitige Verträge werden. Wird beispielsweise bei der Schenkung eine äquivalente Gegenleistung gefordert, so verliert die Schenkung ihren Schenkungscharakter und wird Kauf- oder Dienstvertrag oder dergleichen. Daran ist festzuhalten, wenn auch das Reichsgericht (Seufferts Archiv 71 Nr. 136) in einer Schenkung unter einer Auflage unter Umständen einen gegenseitigen Vertrag finden will, namentlich dann, wenn der Wert der Zuwendung und der Wert der Auflage einander gleichstehen. Die Leihe ist ein einseitiger Vertrag, die, wenn ein Entgelt dagegen tritt, zur Miete wird. Der Kauf enthält dagegen gegenseitige Verpflichtungen, den Preis zu zahlen und die Sache zu liefern, ebenso der Dienstvertrag, Dienste zu leisten und Vergütung zu zahlen.

Dieser Frage geht die andere Frage voraus: Kommt es auf den abstrakten Vertragstypus an oder auf das einzelne Schuldverhältnis, ob ein Vertrag einseitig oder gegenseitig ist? Bei den Römern kam es auf den abstrakten Geschäftstypus an, ob Verträge einseitig oder gegenseitig waren. Tritt also zu der einen Leistung eine äquivalente Gegenleistung, so war nicht der Geschäftstypus des einseitigen Vertrages gegeben, sondern der des gegenseitigen Vertrages. In unserem Recht bestimmt sich nicht nur nach dem Vertragstypus, sondern auch nach dem Inhalt der konkreten Vereinbarung, ob ein Vertrag gegenseitig ist oder nicht. Das gegenseitige Verhältnis beruht weniger auf der objektiven Grundlage als auf dem Willen der Parteien. Ein gegenseitiger Vertrag liegt aber niemals vor, wenn nach dem Schuldverhältnisse an und für sich nur eine Partei berechtigt, die andere verpflichtet ist, wenn auch nachträglich infolge Hinzutritts weiterer Vorgänge die verpflichtete Partei aus dem nämlichen Verhältnisse einen Anspruch erlangen kann. Denn auch hier wird die Leistung der Gegenparteien nicht gegen einander ausgetauscht und die eine wird nicht schon von vorneherein um der anderen willen versprochen. Dies gilt für den Auftrag: Hier wird nach § 663 BGB. ein Geschäft von einem anderen unentgeltlich besorgt, aber nach § 670 kann er Aufwendungen ersetzt verlangen. Das gleiche gilt auch für die Leihe und den einseitigen Verwahrungsvertrag (§§ 598, 606, 688, 693 BGB.) Auch das grundsätzlich einseitige Darlehen wird nicht dadurch zu einem gegenseitigen Vertrag, daß der Darlehensnehmer sich etwa zur Bestellung einer Sicherheit verpflichtet (RG. Warn. 1912

Nr. 207, J. W. 1914, 76). Denn dieses Versprechen stellt sich immer noch nicht als das einer Gegenleistung für das Darlehen dar. Vergl. aber dazu RG ; JW. 1909, 309; 1912, 463! Auch RG. vom 22. 2. 1909 Gruchot 53, 945 ff., wo ein gegenseitiger Vertrag angenommen wird bei Kreditgewährung gegen Entnahme von Waren aus der Fabrik des Kreditnehmers etc. In diesen Fällen bestimmt sich nach dem Vertragstypus die Einseitigkeit, umgekehrt, die Einseitigkeit in ihrer Zweckbestimmtheit bestimmt den Vertragstypus. Gerade der Verwahrungsvertrag aber zeigt, daß er einseitig oder gegenseitig sein kann. Für die Verwahrung kann ein Entgelt verlangt werden order nicht. Auch die Bürgschaft kann als Teil eines gegenseitigen Vertrages übernommen werden, z. B. Bürgschaft wegen einer dem Bürgen versprochene Kreditgewährung. Wird so eine Leistung, die gewöhnlich den Gegenstand eines einseitigen Vertrages bildet, gegen Entgelt versprochen, so ist der Vertrag ein gegenseitiger. Diese Einseitigkeit oder Gegenseitigkeit gründet sich auf die Vereinbarung der Parteien. Durch die Hinzufügung einer Gegenleistung ändert in diesem Falle also der einseitige Vertrag seinen Vertragstypus nicht.

Aus dieser Erkenntnis, daß es auf den Vertragstypus ankommen kann, aber nicht muß, ob ein Vertrag einseitig oder gegenseitig sein kann, weitergehend also, daß ein Vertrag einseitig oder gegenseitig verpflichtend sein kann, ohne seinen Vertragstypus zu verlieren, ergibt sich im Hinblick auf den Vorvertrag: Der Vorvertrag kann je nach der Vereinbarung der Parteien einseitig oder zweiseitig sein und braucht dadurch seinen Vertragstypus nicht zu ändern. Diese Eigentümlichkeit ist kein Beweis dafür, daß der Vorvertrag kein Vertrag sui generis sein kann. Es ist auch deshalb kein Beweis, weil die Eigentümlichkeit in dieser Weise nur äußerlich betrachtet ist und eine Umkehrung der Frage, ob ein Vertragstypus über die Einseitigkeit oder Gegenseitigkeit entscheidet. in diesem Sinne nicht zulässig ist. Ausschlaggebend ist der Rechtsgrund, die Zweckvereinbarung des Vertrages. Damit kommen wir zur causa.

2. Die causa des Vorvertrages.

Die Frage nach der causa des Vorvertrages ist mit die wichtigtse Frage beim Vorvertrag. Riezler behauptet in Staudingers Kommentar (Seite 609): „Die Zusage, in einen Vertrag einzutreten, kann nicht als solche bindend sein; der sogen. „Vorvertrag“ involviert nicht, wie etwa der Kauf oder das Darlehen, in sich schon eine causa; die Verpflichtung, in einen künftigen Vertrag einzutreten, wäre, wenn sie ohne rechtlichen

Grund bestände, konzidierbar. Insoferne ist zuzugeben, daß der Vorvertrag nicht wie andere Verträge, welche eben durch den ihnen eigentümlichen Rechtsgrund charakterisiert werden, ein Vertrag sui generis ist, und darum ist es auch verständlich, daß das BGB. sich einer besonderen Regelung des sog. Vorvertrages enthalten hat". Doch verwirft Riezler den Vorvertrag nicht ganz. Weiter unten schreibt er: „Gegen die völlige Verwerfung des Begriffes „Vorvertrag" läßt sich aber einwenden, daß der Vertrag, wenn ihm eine bestimmte causa zugrunde liegt, immerhin einer der Gründe sein kann, aus welchen Verpflichtungen entstehen, so der Krediteröffnungsvertrag". Nach Riezler involviert der Vorvertrag also keine causa, ist also nicht rechtsbeständig, die Verpflichtungen hieraus „wären" konzidierbar. Daß Riezler hier plötzlich den Konjunktiv, die Zweifelsform, setzt, zeigt, daß auch für ihn das causa-Problem nicht geklärt ist. Auch spricht gegen seinen ersten Satz „der Vorvertrag involviert keine causa in sich" der andere „wenn dem Vertrag eine causa zugrunde liegt". Hiezu kam Riezler unter der Einwirkung der Ansicht von Stintzing, der die Selbständigkeit der Vorverpflichtung leugnet. Dieser läßt die Vorverpflichtung als Verpflichtung zu unentgeltlichem Dienste der Lieferungs- und Leistungsbereitschaft auf Auftrag oder auftragähnlichem Verhältnisse gründen. (Seite 13, 47, 54.) Tobias findet nach Riezler für sich eine Lösung, indem er den Vorvertrag teilt in einen abstrakten und einen causalen Vorvertrag. Zugleich stellt er eine Wechselwirkung der causa zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag fest, so, daß Vorvertrag und Hauptvertrag ihre causa in sich selbst tragen können oder aber, daß für Vorvertrag und Hauptvertrag eine gemeinsame causa besteht. Scholtze (a.a.O.) kommt überhaupt zu dem Ergebnis, daß der Vorvertrag seine causa aus dem folgenden Hauptvertrag entnimmt.

Im Vorvertrag wird die Verpflichtung übernommen, einen Vertrag zu schließen. A verpflichtet sich dem B gegenüber, ihm ein Darlehen von 100 Mk. zu geben. Ist das eine abstrakte Verpflichtung, die nicht die causa der Verpflichtung angibt? Inwiefern ist diese Verpflichtung rechtsbeständig? Das Dogma, daß der reine Wille verpflichtet, ist für unser positives Recht abzulehnen. Nach dem BGB. kann sich selbst das schriftliche Schuldversprechen (§ 780) nicht der Prüfung auf seinen Rechtsgrund entziehen und unterliegt den Regeln der Rückforderung nach § 812. Besonders beim Vorvertrage tritt, wie Stintzing meint (a.a.O. Seite 3), mehr oder weniger versteckt die Neigung hervor, die einfache Zusage zu einem vinculum juris zu machen. Dieser stellt die Frage, ob z. B.

ein Darlehensversprecher genötigt sei, Haus und Hof zu versilbern, um einem vielleicht nicht einmal Bedürftigen ein Darlehen zu geben, nur weil er es versprochen. So ergibt sich als erster Punkt: Wann ist eine Willenskundgebung juristisch von Bedeutung?

Das ist der Fall, wenn eine auf die Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung vorliegt, die von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist. Die rechtliche Willenserklärung bewirkt eine Rechtsfolge, die oft unabhängig von der Gegenwart der Vorstellung der Rechtsfolgen im Bewußtsein des Handelnden kraft der Rechtsordnung eintritt. Den Zweck seiner Handlung stellt sich der Handelnde vor. Er handelt, um etwas festzustellen, er handelt, um einem anderen etwas zuzuwenden. Die Willenserklärungen, die nur den Zweck haben, die Rechtswirkung zu begründen, auf deren unmittelbare Erzeugung sie gerichtet sind, sind hier nicht zu betrachten, sondern nur die, durch die man das Vermögen einer anderen Person bereichert, eben die sog. Zuwendungen.

Zuwendungen nimmt man nicht um ihrer selbst willen vor, sondern um unmittelbar durch sie noch einen anderen Rechtserfolg ins Leben zu rufen, der nach der Rechtsordnung eben dadurch erreicht werden kann oder doch als erreichbar vorgestellt wird. Man übereignet eine Sache, um eine Verpflichtung zu erfüllen oder um den Empfänger unentgeltlich zu bereichern. Oder man verspricht eine Leisung, um einem anderen zu einer Gegenleistung zu verpflichten. Die auf einen unmittelbaren Rechtserfolg einer Zuwendung gerichtete Absicht nennen wir ihre causa. (Enneccerus.) Der Zweck ist ein der Handlung nachfolgender Umstand. Da er aber zugleich den Grund des Handelns bildet, also ein der Handlung vorausgehender Umstand ist, so wird der Grund ebenfalls causa genannt. Der Grund ist Gegenstand des Denkens, der Zweck Gegenstand des Begehrens, des Wollens. Damit ist gesagt, daß das handelnde Subjekt es ist, was die causa bestimmt. Die causa wird hier subjektive causa genannt, auch animus, erste Absicht, Bestimmungsgrund. Eine Willenserklärung ohne Zurückbeziehung auf den Bestimmungsgrund ist unmöglich. Dieser Bestimmungsgrund der Handlung ist, wie eben dargelegt, auch der Zweck der Handlung. Er fällt nicht in eins zusammen, er erscheint auch wieder als Zweck. Dieser Zweck muß dem Erklärungsempfänger bekannt oder wenigstens bei genügender Aufmerksamkeit erkennbar sein und von ihm in irgend einer Form gebilligt werden. Diese Zweckvereinbarung macht den subjektiven Zweck und Bestimmungsgrund zum objektiven Grund der Zuwendung, und weil ihm in dieser

Eigenschaft von der Rechtsordnung die ausschlaggebende Bedeutung beigelegt wird, zum Rechtsgrund. Diese Zweckvereinbarung wird ebenfalls causa genannt.

Natürlich kann bei Zuwendungen durch einseitiges Geschäft die Zwecksetzung einseitig erfolgen, wie z. B. Stiftung, Auslobung, in den Fällen der Erfüllung, bei denen die Leistung keine Annahmeerklärung erfordert.

Während der Bestimmungsgrund als solcher niemals fehlen kann, ist es möglich, daß der objektive Rechtsgrund mangelt, sei es, daß er tatsächlich nicht vorhanden ist, weil keine Zweckvereinbarung zustande gekommen ist, sei es, daß er seinem Inhalt nach von der Rechtordnung nicht anerkannt wird. Eine soche Leistung oder Versprechen ist sine causa abgeschlossen oder die causa ist eine turpis causa.

Diese Causalvereinbarung muß also bei allen Zuwendungsgeschäften vorhanden sein. Fehlt sie, so sind diese Rechtsgeschäfte entweder nichtig oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB. angreifbar. Ist diese Causalvereinbarung nicht sichtbar, so sind jedoch nicht gleich jene eben genannten Folgen zu ziehen. Diese Causalvereinbarung kann trotzdem vorhanden sein, nur nicht zum Geschäftsinhalt gehören. Wir haben dann das sog. abstrakte Rechtsgeschäft. Bildet also diese Causalvereinbarung einen Teil des die Zuwendung enthaltenden Geschäftes, was das Natürliche und Normale ist, so ist das das causale Geschäft; ist das Geschäft von der Causalvereinbarung getrennt, abstrahiert, so ist das das abstrakte Geschäft.

Daß dem so ist, ergibt sich daraus, daß das Gesetz der Willenserklärung die Wirksamkeit versagt, wenn der Beklagte im Prozeß die Einrede und den Nachweis erbringt, daß für die Verpflichtung ein Rechtsgrund gar nicht besteht. Der Kläger hat bei der abstrakten Verpflichtung nur den Inhalt der Verpflichtung, nicht die Zweckvereinbarung zu beweisen.

Crome (a. a. O.) nimmt bei abstrakten Willenserklärungen an, daß der materielle Rechtsgrund, also die Zweckvereinbarung fehlen kann, und stellt gleich causa = juristischer Rechtfertigungsgrund, so beim Wechsel, bei der traditio, der materielle Rechtsgrund sei durch die Rechtsordnung durch einen juristischen — meist formellen — ersetzt. Durch Gesetz ist beim dinglichen Geschäft die Abstraktion herbeigeführt. Die Causalvereinbarung, die gleichwohl vorliegen muß, gilt darnach nicht als Teil des Rechtsgeschäftes. Nach § 929 BGB. ist zur Eigentumsübertragung erforderlich Eigentumsübergabe und Einigung, daß Eigentum übergehen soll, weiter nichts. Bei obligatorischen Leistungsversprechen ist es in das Belieben der Parteien gestellt, ob sie die Vereinbarung

causal oder abstrakt treffen wollen. Beim Wechsel tritt nun zu dem Parteivereinbaren wieder die gesetzliche Vorschrift, daß zu den wesentlichen „Erfordernissen" die Bezeichnung als Wechsel gehört usw. Hier liegt der gleiche Fall vor wie oben bei der traditio, wo ebenfalls von „erforderlich" im Gesetz die Rede ist. Daher die verschiedene Einwirkung bei verschiedenen abstrakten Geschäften so Schuldversprechen und Wechsel. So ist auch die Theorie der verschiedenen Grade der Abstraktion erklärlich. Crome aber muß so widersprochen werden, der materielle Rechtsgrund wird vom Gesetz nicht ersetzt, sondern der vorhandene abstrahiert.

Wenn nun zwei Parteien einen Vorvertrag schließen, so muß jede von ihnen einen Grund haben, der sie zum Abschluß des Vorvertrages bestimmt. Dieser subjektive Bestimmungsgrund, der auch als Zweck des Vertrages erscheint, muß als Zweckvereinbarung vorhanden sein, wollen die Parteien einen gültigen Vorvertrag abschließen.

Schon seit alters zählt man an Arten der causa auf: causa credendi, causa donandi, causa solvendi. Daneben werden noch genannt: causa novandi, dotis constituendae, condicionis implendae. Das Vorkommen anderer causae ist damit nicht begrenzt. So ist weiter zu erwähnen arrhae causa; do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias. Letztere zählt Lenel (a. a. O. Seite 74) zu den wirtschaftlichen Zwecken, denen er Schenkungszwecke gegenüberstellt. Doch ist hierauf nicht weiter einzugehen. Das Vorkommen dieser causae war nur festzustellen und bedarf keiner weiteren Begründung.

Eine solche causa kann zur injusta causa werden, wenn sie als Zweckvereinbarung auf Unsittliches, Unerlaubtes, Unmögliches gerichtet wird. Sie ist dann nicht geeignet, Rechtsfolgen hervorzubringen, die von Seiten des Rechts unantastbar sind.

Wie schon oben angeführt, behauptet Riezler, daß eine causa beim Vorvertrag überhaupt nicht vorliege und Scholtze stellt den Satz voran: Der Vorvertrag gibt die causa der Verpflichtung nicht an. In der Folge schreibt letztgenannter: „Müßten wir den Vorvertrag als ein sog. abstraktes Versprechen charakterisieren, so wäre er allerdings nur in schriftlicher Form denkbar". Nach dem BGB. können die Vertragschließenden auf Grund der Vertragsfreiheit Schuldverhältnisse jeden Inhalts frei vereinbaren, wenn die Forderung die Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses bezweckt. Auf Grund gesetzlicher Vorschrift (§ 780 BGB.) muß in der Tat jedes abstrakte Versprechen in schriftlicher Form abgegeben werden, da der Kreis der formbedürftigen abstrakten Versprechen durch Gesetz zwingend festgelegt wurde und nicht erweitert werden

kann. Wäre also der Vorvertrag abstrakt, müßte er stets in die Schriftform gekleidet werden, um gültig zu sein. Diese Forderung wird aber offensichtlich nicht erhoben.

Der Fehler einer Betrachtungsweise, daß der Vorvertrag abstrakt sei, liegt darin, daß man der Definition folgend nur betonte, ich verpflichte mich einen zukünftigen Vertrag zu schließen. Als Definition stellt das auch das Wesen des Vorvertrages dar. Aber um die causa zu gewinnen, müssen wir einen Hauptvertrag anführen und nicht nur sein Wesen und Schema. Ich verpflichte mich einen gewissen Vertrag zu schließen z. B. einen Kauf- oder Darlehensvertrag. Ich verpflichte mich also z. B. späterhin in einiger Zeit einen Kaufvertrag über das Pferd Hektor zu schließen oder kurz, das Pferd Hektor zu kaufen. Wir müssen den Vertrag in die Betrachtung hereinziehen, den abzuschließen ich mich verpflichte. Sonst sage ich auch nicht, ich will einen Vertrag über das Pferd Hektor abschließen. Welchen Vertrag, ist dann die Frage. Antwort: Einen Kaufvertrag, ich will es kaufen. Hier wie dort bekommen wir sofort Boden unter den Füßen. „Ich verpflichte mich, einen künftigen Vertrag zu schließen" gibt freilich keine causa an, das „ich verpflichte mich" noch weniger. Dies ist eine farblose, abstrakte Darstellung und daraus ist nie eine causa zu finden, höchstens die, ich verpflichte mich, damit du dich später auch verpflichtest. Allein diese causa hält eben nicht der Frage nach der causa der Verträge stand.

Scholtze betrachtet den Vorvertrag nicht als abstrakten Vertrag, wenn auch die Verpflichtung des Vorvertragsverpflichteten nicht feststelle, warum gerade die Verpflichtung eingegangen werde. „Bei derartigen Geschäften entnimmt der Vorvertrag seine causa aus dem folgenden Hauptvertrage". Für den Fall des Vorvertrages beim Darlehen werde das Geld mutui dandi causa hingegeben, das sei auch die causa des Vorvertrages; bei Vorverträgen zu abstrakten Hauptverträgen sei auf die causa der diesen zugrunde liegenden Causalverträgen zurückzugreifen und diese causa sei auch die des Vorvertrages. „Dies kann man unbedenklich annehmen wegen der engen Verbindung der beiden Geschäfte".

Wir behaupten, wie vorhin dargelegt: Es ist als Einheit anzusehen, was Scholtze trennt. Das „ich verpflichte mich" allein ist nicht der Vorvertrag, es muß der Hauptvertrag erwähnt werden, den abzuschließen ich mich verpflichte. Dieser sogen. Hauptvertrag tritt nur später bei der Erfüllung der Verpflichtung aus dem Vorvertrag als selbständiger sogen. Hauptvertrag hervor. Wir nehmen die Verbindung noch enger als Scholtze und nicht nur im Sinne des Nacheinander

der beiden Verträge. Darum kommen wir desgleichen zur Ansicht, die causa des Vorvertrages ist die gleiche wie die des Hauptvertrages. Das: ich verpflichte mich, späterhin das Pferd Hektor zu kaufen, hat die gleiche causa wie ich verpflichte mich das Pferd (jetzt) zu kaufen. Desgleichen hat der Darlehensvorvertrag die causa des Darlehensvertrages.

Wir finden so als Ergebnis: Die causa des Vorvertrages ist die causa des Hauptvertrages.

Stintzing allerdings verneint das (S. 32). Für unsere Anschauung können wir auch Degenkolb anführen, der beim pactum de cambiando schreibt (S. 69): „Dort bei dem Wechselschluß überträgt der Vorvertrag seine causa auf den Hauptvertrag, hier bei dem pactum de mutuando und überhaupt beim Vorvertrag zu individualisiertem Hauptvertrag trägt letzterer seine eigenartige causa in sich selbt, ja man kann hier bei insoliertem Vorvertrag umgekehrt sagen, daß die wirtschaftliche causa des Hauptvertrages die des Vorvertrages bestimmt." Die Worte über das pactum de cambiando entsprechen Degenkolbs Ansicht über das pactum de cambiando, das er als Vorvertrag ansieht. Das pactum de cambiando ist kein Vorvertrag. Siehe später!

Wie schon oben dargelegt, erwähnt Riezler den Krediteröffnungsvertrag als Vorvertrag, dem offenbar eine causa zu grunde liegt, und Tobias scheidet auf Grund dieses Beispiels die Vorverträge in causale und abstrakte. Im Krediteröffnungsvertrag verspricht der Bankier dem anderen einen offenen Kredit unter bestimmten Bedingungen zu gewähren. Der Kreditnehmer als Schuldner ist verpflichtet, Provision zu zahlen, auch wenn er den Kredit nicht in Anspruch nimmt. Hier tritt eine Gegenleistung in Erscheinung, die schon vor Abschluß des Hauptvertrages geleistet wird. Der Gläubiger gibt ein gewisses Entgelt gegenüber der Verpflichtung des Schuldners.

Wir stoßen auf die Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Vorvertrag. Auf unsere früheren Ausführungen über den einseitigen und gegenseitigen Vertrag nehmen wir Bezug. Der Verpflichtung aus dem Vorvertrag, später einen Vertrag abzuschließen, kann eine Gegenleistung gegenüber stehen oder nicht. Steintzing (S. 28) führt den wirtschaftlichen Beweggrund aus: „Je länger die Gebundenheit bestehen soll, desto mehr riskiert der Verpflichtete, günstigere Gelegenheiten ausschlagen zu müssen . . . ., so wird die Leistungsbereitschaft mehr und mehr ein dem Berechtigten geleisteter Dienst und . . . . diese Leistung wird im Wirtschaftsverkehr auch gewertet, so daß ihr häufig ein Aequivalent gegenübersteht." Dies greift Tobias auf, indem er die

stete Lieferungsbereitschaft als causal für die Provision betrachtet und damit den Vorvertrag zu einem völlig synallagmatischen causalen Vorvertrag macht. Das Synallagma — Leistungsbereitschaft — Entgelt als Inhalt eines zweiseitigen Vertrages und entsprechend Leistungsbereitschaft allein als Inhalt eines einseitigen Vertrages entspricht aber nicht dem Inhalt der Verpflichtung, die dahin geht, später einen Vertrag zu schließen. Wie verhält sich die Verpflichtung der Gegenpartei dazu, ebenfalls dahingehend, diesen Vertrag später zu schließen? Wie schon beim Begriff des Vorvertrages dargelegt, ist die entsprechende Gegenverpflichtung zu der Verpflichtung einen Vertrag zu schließen, die Verpflichtung der Gegenpartei ebenfalls am Vertragsschluß mitzuwirken und daraus muß die Einteilung in ein- und gegenseitige Verträge genommen werden. Die Verpflichtung, eine Gegenleistung für die Verpflichtung der Gegenpartei zu erbringen, ist aber nicht das gleichwertige Entgelt im Sinne eines vollständigen Synallagmas, sondern erscheint als Nebenverpflichtung. Aehnlich kann beim Darlehen die Zinsgewährung fehlen und bei Verpflichtung zur Zahlung eines Zinses wird dadurch aus dem Darlehen kein gegenseitiger Vertrag, die Zinsverpflichtung erscheint vielmehr als Nebenverpflichtung.

Mit der causa hat in diesem Fall der Zins nichts zu tun. Die Einwendung ist gegeben, daß der Zins in diesem Sinne auch kein Entgelt sei, wie auch die Gegenverpflichtungen in den oben genannten unvollkommen zweiseitigen Verträgen nicht als Entgelt erscheinen. Es stände aber vielleicht im Belieben der Parteien, diese Gegenverpflichtung als Aequivalent gegen diese Zusage erscheinen zu lassen, wie bei dem vorhin erwähnten Krediteröffnungsvertrag? Stellt man diese Gegenverpflichtung wirklich als äquivalente Leistung dar, so ergibt sich, daß der Vorvertrag verschiedene causae haben kann; denn einmal wird die Verpflichtung zu contrahieren unentgeltlich übernommen, das andere Mal entgeltlich, das eine Mal als Liberalität, das andere Mal als Austauschobjekt. Damit aber bekommt der Vorvertrag seine vom Hauptvertrag unabhängige causa und wird je zum besonderen Vertragstyp. Letzteres hat Stintzing getan. Er erklärt die Vorverpflichtung als auf Auftrag oder auftragähnlichem Verhältnis beruhend, da sie nur unentgeltlich übernommen würde. Als Folge dieser Anschauung müßten wir also zwei verschiedene bestimmte Zweckvereinbarungen annehmen. Dadurch aber würde der Vorvertrag aus dem Rahmen des „Vorvertrages" gehoben. Der ganze Charakter als Vorvertrag würde dadurch beseitigt. Man käme aber dadurch zu den Zweifeln, inwiefern der Vorvertrag die causa angibt, wenn nicht, ob ein Vorvertrag nicht schriftlich sein müßte.

Was ist aber zu dem Hinweis auf den Verwahrungsvertrag zu sagen? Dieser kann entgeltlich sein oder unentgeltlich. Bildet er nicht einen einheitlichen Vertragstypus? Streng genommen fällt der entgeltliche Verwahrungsvertrag in den Rahmen des Dienstvertrages, der unentgeltliche in dem des Auftrages. Das gemeinrechtliche Depositum war stets unentgeltlich, bei Vereinbarung eines Entgeltes wurde Dienstvertrag angenommen. Beide Verwahrungsarten sind aber wegen ihres besonderen Inhaltes aus diesen Vertragstypen ausgesondert und in manchen Beziehungen abweichenden Grundsätzen unterstellt. Der entgeltliche und unentgeltliche Verwahrungsvertrag bilden also nach ihrem Rechtsgrund gesehen keinen einheitlichen Vertragstypus, sie sind nur wegen der Aehnlichkeit ihres Inhalts in dem Abschnitt „Verwahrungsvertrag" zusammen genommen, und werden beide Verwahrungsvertrag genannt. Hiebei unterscheidet man die causa nach Liberalitätzwecke und Entgeltszwecke. (So will ich den Gegensatz einmal fassen! Das Wort „Austauschzwecke" ist nicht ganz zureichend, „Wirtschaftliche Zwecke" zu ungenau.) Legt man aber auf diese Unterscheidung nicht so sehr den Ton, so könnte man sowohl beim unentgeltlichem wie beim entgeltlichem Verwahrungsvertrag eine einheitliche causa credendi zum Zwecke der Verwahrung annehmen. Dann würde das Entgelt nicht die ausschlaggebende Rolle spielen und es würde für den Verwahrungsvertragstypus nichts ausmachen, ob ein Entgelt versprochen ist oder nicht.

Zieht man für den Vorvertrag die Folgen aus dem Vorgebrachten, so ist es für den Vertragscharakter des Vorvertrages gleichgültig, ob ein Entgelt versprochen ist oder nicht. Denn das Beispiel des Verwahrungsvertrages zeigt, daß, mag ein Entgelt versprochen sein oder nicht, der Verwahrungsvertrag zu einem einheitlichen Vertragstypus zusammengefaßt wird oder überhaupt als solcher aufgefaßt werden kann. Faßt man aber beim Vorvertrag das Entgeltversprechen überhaupt nicht als entsprechende äquivalente Gegenleistung gegen das Versprechen, einen Vertrag zu schließen, auf, so hat das Entgelt in diesem Falle überhaupt keine Bedeutung, um den Vertragstypus zu bestimmen. Wir haben dazu noch den Satz aufgestellt, das die causa des Vorvertrages die des Hauptvertrages ist. Infolgedessen kann das Entgelt auf die causa und den Vertragstypus keine bestimmende Wirkung haben.

So hat es auch auf den einseitigen Vorvertrag zu einem Kaufvertrag z. B. keine Bedeutung, ob die Verpflichtung im Vorvertrag übernommen wird, eine gewisse Summe zu zahlen für Eingehung dieses Vertrages oder ob eine solche Ver-

pflichtung fehlt. Die causa bleibt die gleiche und auch die Frage nach der causa. Was ist die Zweckvereinbarung des Vorverpflichteten? Daß die Gegenpartei diese vereinbarte Summe, beim Krediteröffnungsvertrag die Provision z. B. gegen die Verpflichtung einen Vertrag zu schließen, zahlen muß? Zahlt die Gegenpartei, damit der andere eine Vorverpflichtung abgibt? Nimmt der Verpflichtete die Vorverpflichtung auf sich, damit die Gegenpartei zahlt? Nein. Der Vorverpflichtete verpflichtet sich, damit der andere durch den späteren Kauf z. B. seine Kaufsache abkauft. In dem Hauptvertrag, der im Vorvertag in seiner Eigenschaft festgelegt wird, ist die causa des Vorvertrages zu finden. Eine Teilung in abstrakte und causale Vorverträge im Sinne Tobias' ist nicht angängig und der Krediteröffnungsvertrag ist ebensowenig causal oder abstrakt wie die übrigen Vorverträge. Daß letzterer als Vorvortrag anzusehen ist, bestätigt Kober in Staudingers Kommentar bei § 607. Ihn als Kreditmiete anzusprechen, wie Grünhut in Endemann's Handbuch des Handelsrechts § 434 Seite 930 es tut, oder als Kreditkauf und ähnliches dürfte nur verwirren.

Die causa des Vorvertrages ist also die gleiche wie die des Hauptvertrages. Wird natürlich im Vorvertrag versprochen, einen künftigen abstrakten Hauptvertrag abzuschließen, so ist der Vorvertrag auch abstrakt. Die causa des Vorvertrages wie die causa des Hauptvertrages ist dann in der causa des Grundgeschäftes zu finden. (Ueber die Form siehe später!)

Der Satz von Scholtze, daß der Vorvertrag die causa der Verpflichtung nicht angibt, entspricht also nicht den Tatsachen. Der Vorvertrag gibt die causa an, indem im Vorvertrag ein bestimmter Hauptvertrag bezeichtnet wird, der abgeschlossen werden soll, und damit auch die causa dieses Vertrages vereinbart wird, die damit offenkundig wird. Scholtze widerspricht sich selbst, wenn er erst behauptet, der Vorvertrag gebe die causa der Verpflichtung nicht an, und dann doch findet, die causa des Vorvertrages sei die des Hauptvertrages. Entweder gibt der Vorvertrag die causa der Verpflichtung an, dann ist der Vorvertrag nicht abstrakt und die causa des Vorvertrages ist offenkundig die des Hauptvertrages, er bedarf dann auch keiner Form, oder der Vorvertrag gibt die causa nicht an, dann bedarf er als abstrakter Vertrag der Schriftform. Dann kann allerdings auch die causa des Hauptvertrages die des Vorvertrages sein. Sie muß aber dann aus dem Hauptvertrag nachgewiesen werden, der dann dargelegt werden muß. Wann? Nach Abschluß des Hauptvertrages? Wie kann sie zurückwirken auf den Vorvertrag? Das sind dann ungeklärte Fragen.

Mit der Aufstellung des Satzes, daß die causa des Vorvertrages die gleiche ist wie die des Hauptvertrages, ist aber auch beantwortet, ob der Vorvertrag ein Vertrag sui generis ist. Ein Vertrag, der als selbständiger Vertrag und Vertrag sui generis den im Gesetz geregelten besonderen Verträgen hinzutreten soll, muß in seiner causa einheitlich sein, muß auch in seiner causa einen unveränderlichen Typus sui generis darstellen. Die Causa beim Vorvertrag ist aber nicht einheitlich; denn sie wechselt je nach der causa der Hauptverträge. Die Verschiedenartigkeit der causa läßt nicht zu anzunehmen, der Vorvertrag sei ein Vertrag sui generis. Der Vorvertrag ist kein Vertrag sui generis.

3. Selbständigkeit des Vorvertrages in zeitlicher Hinsicht.

Die Abhängigkeit der causa des Vorvertrages vom Hauptvertrag läßt die Selbständigkeit des Vorvertrages nicht im klaren Licht erscheinen. Durch die Annahme einer causa für den Vorvertrag ist allerdings objektiv die Möglichkeit geschaffen, daß der Vorvertrag ein selbständiger Vertrag sein kann. Ob der Vorvertrag überhaupt ein selbständiger Vertrag ist, war nicht immer klar.

Nach Schloßmann handelt es sich beim Vorvertrag nicht um etwas vom Hauptvertrage Verschiedenes, sondern um einen Vertrag mit einem relativ bestimmten Inhalt; es wird nur eine Spezialisierung der in dem Vertrage bedungenen Leistung durch den einen oder anderen Contrahenten, in manchen Fällen unter Mitwirkung des anderen Contrahenten erfordert. Daß aber der Vorvertrag und Hauptvertrag nicht nur Stadien desselben Vertrages, sondern zwei Verträge sind, ist seit Degenkolb nicht mehr bestritten.

Das Wort „Vorvertrag" deutet auf ein zeitliches Vorausgehen des Vorvertrages vor dem Hauptvertrag. Es unterstellt sofort eine Selbständigkeit; die Verpflichtung aus dem Vorvertrag ist als solche bindend. Dies trifft in der früheren Bezeichnung pactum de contrahendo nicht zu. Pactum bedeutet auch den selbständigen Bestandteil eines Vertrages. (Stintzing Seite 9). Früher hat man daher den Vorvertrag zu den pacta praeparatoria, Vorverhandlungen, gezählt.

Mit den Punktationen und Traktaten hat der Vorvertrag die Aehnlichkeit, daß er gleichfalls in Bezug auf den Hauptvertrag präparatorischen Charakter hat. Die Vorverhandlungen haben ebenso wie der Vorvertrag den Zweck, den Vertrag, Hauptvertrag, herbeizuführen - Traktate: die mündliche

Besprechung der gesamten Vertragspunkte; Punktation: die schriftliche Fixierung derselben. Von diesen aber unterscheidet sich der Vorvertrag dadurch, daß er als selbständiger Vertrag die Parteien zum Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet; die Vorverhandlungen aber verpflichten die Vertragsparteien nicht zum Abschluß des Vertrages. Erst die rechtsgeschäftliche Willenseinigung bringt bei ihnen den verpflichtenden Vertrag zustande. [1]) Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist. § 154 Absatz 2 BGB. Beim Vorvertrag haben sich die Parteien über alle Punkte, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, geeinigt. Sie wollen noch gar nicht den Hauptvertrag. Haben sie sich über die unbedingten Erfordernisse des Vorvertrages, die später darzulegen sind, geeinigt, so ist der Vorvertrag in bindender Weise entstanden, aber noch nicht der Hauptvertrag. Deshalb ist der Vorvertrag in seiner bindenden Weise keine Station beim Entstehen des Vertrages, kein Entwicklungsstadium des Hauptvertrages, das sich z. B. auch nicht zwischen Traktat, Punktation und Vertrag einschieben kann. Es ist das Verdienst Degenkolb's nachgewiesen zu haben, daß die Lehre vom Vorvertrag nicht in die Lehre vom Vertragsschluß gehört.

Der Vorvertrag ist also kein unvollkommener oder provisorischer vorläufiger Vertrag, sondern ein fest bindender endgültiger Vertrag, der eben nur den Abschluß eines späteren Vertrages zum Gegenstand hat. Umgekehrt ist ein unvollkommener, fehlerhafter Hauptvertrag kein Vorvertrag, kann auch nicht als solcher aufrecht erhalten werden; denn der Vorvertrag ist ein vollkommener Vertrag, der nicht fehlerhaft sein darf. Der Vorvertrag ist kein minus dem Hauptvertrag gegenüber, sondern ein aliud. (Vergleiche Göppert Seite 407.)

Zur weiteren Klärung wäre hier vielleicht anzufügen, daß die Parteien im Gegensatz zu § 154 Absatz 1 BGB. einzelnen Vertragspunkten Rechtsverbindlichkeit beilegen können, da § 154 nur im Zweifel gilt. Tobias nennt diese Punktverträge.

[1]) In der älteren gemeinrechtlichen Literatur, so bei Glück (Pandekten Band 4, Seite 105 ff.) wird die Punktation mit dem Vorvertrag in Verbindung gebracht. Auch Windscheid (a. a. O.) vertritt die Ansicht, daß eine Punktation, wenn nun noch eine besondere Form zur Vertragsvollendung hinzukommen soll, entweder Vorvertrag oder der Vertrag selber sei. Eine solche Punktation ist dann eben keine Punktation mehr, sondern fertiger Vertrag, unter Umständen nach dem Parteiwillen ein fertiger Vorvertrag, wenn die Parteien dadurch gebunden werden wollen. Wollen die Parteien nicht gebunden werden, dann liegt kein fertiger Vertrag vor, auch kein Vorvertrag, sondern Punktation.

Weiterhin vereinbaren Parteien vielfach Grundregeln, die im späteren Geschäftsverkehr beobachtet werden müssen, also verbindliche Geschäftsbedingungen (die Conventionen in einzelnen Geschäftsbranchen). Ihre Bestimmung ist Vorbereitung und Auslegung späterer Verträge, sie erzeugen jedoch keine Verpflichtung zum Abschluß von späteren Verträgen. Tobias hat die präparatorischen Akte systematisch zusammengestellt, worauf verwiesen wird.

4. Wechselnde Abtretbarkeit, ein weiterer Grund gegen die Annahme des Vorvertrages als Vertrages sui generis.

Die Feststellung, daß der Vorvertrag ein fest bindender endgültiger Vertrag ist, wenn auch der Vorläufer eines anderen Vertrages, verführt unbesehen wieder leicht dazu, im Vorvertrag einen Vertrag sui generis zu finden. Aber der Vorvertrag ist nicht nur in seiner causa nicht einheitlich, sondern auch nicht in der Ausprägung seines Inhaltes. Ein weiterer Grund, dem Vorvertrag den Charakter eines Vertrages sui generis abzusprechen, ist, wie Riezler, (Staudinger, Kommentar zum BGB. 9. Auflage, Band 1, Seite 610) richtig bemerkt, die wechselnde Eigenschaft des Vorvertrages, daß die Forderungen daraus bald abtretbar sind, bald nicht, bald vererblich, bald nicht, und daß es dabei fast immer auf den Hauptvertrag ankommt, den man später abzuschließen sich verpflichtet. Die näheren Ausführungen über die Abtretbarkeit sind späterhin zu finden. Ein Vertrag, der solchem Wechsel in seinen Eigenschaften unterworfen ist, ist aber nicht als fester Vertragstypus sui generis zu betrachten. Dieser Wechsel infolge des engen Zusammenhanges des Vorvertrages mit dem Hauptvertrag ist allenthalben bei den Untersuchungen über den Vorvertrag zu beobachten.

5. Ergebnis.

Damit ist nun festgestellt, daß der Vorvertrag ein eigener Vertrag, nicht ein Stadium in der Entstehung des Hauptvertrages ist und doch auch wieder nicht ein Vertrag, der als fester Vertragstypus sui generis den anderen Vertragstypen an die Seite gestellt werden kann. Auch Stintzing (Seite 8) hat Recht, wenn er behauptet, daß der Vorvertrag überhaupt kein Vertrag sui generis ist, insofern er nur die Vorverpflichtung an sich betrachtet. Das Ergebnis seiner Anschauungen wäre richtig folgendes, daß die durch einen Vertrag über-

nommene Vorverpflichtung, also das, was die Uebrigen Vorvertrag nennen, ein Vertrag sui generis ist, nämlich Auftrag oder auftragsähnlicher Vertrag, und daß die Vorverpflichtung nur eine Eigenschaft ist, die darin besteht, daß die Leistung der Abschluß eines künftigen Vertrages ist, welche Eigenschaft allerdings auch bei anderen Rechtsgebilden außerhalb des Vertrages besteht. Der Gegenstand der obligatorischen Leistung des Vorvertrages ist das Abschließen des Hauptvertrages. Das ist die einzige Gleichartigkeit, die alle Vorverträge aufweisen. Der Vorvertrag ist daher ein Schema, eine dehnbare Rechtsfigur, die Vertragscharakter hat, aber nicht näher individualisiert werden kann und die geeignet ist, zur Vorbereitung und Herbeiführung so und so vieler Arten von Hauptverträgen zu dienen. Der Vorvertrag ist eine Art Hülse, in die verschiedene Verträge gelegt werden, deren Abschluß dann dadurch herbeigeführt wird, eine Vertragsform, die mit den anderen Rechtstypen nicht auf gleiche Stufe steht, sondern gleichsam übergeordnet ist. Das steht auch insofern nicht im Gegensatz zu der Tatsache, daß eine Vorverpflichtung nicht nur aus Vertrag, sondern auch aus anderen Rechtsgründen entstehen kann. (Siehe im folgenden!)

6. Die Anführung des Vorvertrages im System.

Damit ist nun zu bestimmen, an welcher Stelle des Systems der Vorvertrag zu behandeln ist. Daß er vor allem nicht im allgemeinen Teil des BGB. zu behandeln ist, ist ohne weiteres ersichtlich, da hier nur die allen Verträgen gemeinsamen Merkmale geregelt werden. Den Vorvertrag beim Vertragsschluß ins System einzureihen, ist nicht angängig, wie oben gezeigt wurde, denn der Vorvertrag ist fertiger, selbständiger Vertrag. Wenn man auch sagt, der Vorvertrag ist zu allen möglichen Verträgen möglich, nicht nur zu obligatorischen, so entsteht doch durch den Vorvertrag ein Schuldverhältnis auf Abschluß eines Vertrages. Dies verweist den Vorvertrag ins Gebiet der Schuldverhältnisse. Im vorstehenden haben wir den Vorvertrag nicht als einen Vertrag sui generis erklärt. Er ist also nicht den Verträgen im 7. Abschnitt „einzelne Schuldverhältnisse“ hinzuzufügen bezw. voranzustellen. Er gehört vielmehr in den allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse als Allgemeinerscheinung. Göppert (Seite 423) schreibt: „Das wechselnde Vorkommen von Kontraktszusagen als ein- oder zweiseitige Verträge und als letztere wieder in verschiedener Art, die Möglichkeiten ganz verschiedener Gegenleistungen für die Zusage, die Mannigfaltigkeit der Kontrakte, welche versprochen werden können, machen es untunlich,

aus den pacta de contrahendo eine besondere Art von Verträgen zu bilden und sie in irgend welchem gangbaren Systeme der besonders ausgebildeten Vertragsarten unterzubringen". Schon Degenkolb (Seite 48) hat nun zwei Möglichkeiten erwogen, die sich infolge ergeben: Entweder gehört der Vorvertrag in die Lehre vom Objekt der Schuldverhältnisse oder in die von den Arten der obligatorischen Leistungen. Göppert hat sich für letzteren Platz entschieden. Für unser Recht spitzt sich die Frage so zu: Sind die Erscheinungen des Vorvertrages bei den Vorschriften über den Inhalt der Verträge (§ 305 ff. BGB.) oder über die Verpflichtung zur Leistung (§ 241 ff. BGB.) zu erwähnen?

Verpflichtungen zum Abschluß eines Hauptvertrages haben ihren Grund nicht allein in Vorverträgen, sondern auch in anderen gesetzlichen Bestimmungen. Letztwillige Verfügungen können Verpflichtungen zum Abschluß eines Hauptvertrages enthalten. Eine Kontrahierungspflicht liegt vor allem vor bei unmittelbar auf Gesetz beruhenden Verpflichtungen: nach § 915 BGB. die Verpflichtung des Rentenpflichtigen auf Verlangen des Rentenberechtigten ihm den überbauten Teil des Grundstückes abzukaufen. (Bei den Verkehrsanstalten 1. Verpflichtung der Eisenbahn zur Eingehung von Frachtgeschäften; 2. der Post zur Beförderung von Postsendungen; 3. Telegraphenämter zur Telegrammbeförderung und Zulassung von Telephonanschlüssen. Weitere Fälle des Kontrahierungszwanges im Gewerberecht, bei Monopolrechten etc. siehe dazu Biermann Ihering's Jahrbuch, Band 32, Seite 267 ff. Schloßmann Ihering's Jahrbuch, Band 45, Seite 53).

Soweit sich der Kontrahierungszwang auf Gesetz gründet, ist die Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrages bloß einseitiger Natur und die Verpflichtung gesetzlich geregelt. Sonst aber entsteht eine Verpflichtung nach unserem Recht nur aus Vertrag, ausgenommen die durch das Gesetz erschöpfend bestimmten Fälle, wobei durch einseitige Erklärung eine Verpflichtung entsteht.[1]) Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag entsteht beliebig durch den Willen der Parteien, wie diese bestimmen, und nur durch Vertrag. Deshalb allein den Vorvertrag im Abschnitt: Schuldverhältnisse aus Verträgen zu bringen, ist nicht begründet. Ihn hier aber nicht zu bringen: „weil die vertragsmäßige Obligation auf contrahere allein sich nicht von der darauf gerichteten testamentarischen und gesetzlichen und von der Hauptmaße aller Obligationen durch gewisse Besonderheiten unterscheide" (Göppert Seite 423), ist ebenso abzulehnen. Die Besonderheit der Leistung auf contrahere

[1]) Siehe Hofmann a. a. O., Siegel a. a. O., Staudinger Kommentar zum BGB. § 305.

findet sich innerhalb des gesetzlich Möglichen, ohne besonders erwähnt werden zu müssen. Der außervertragliche Kontrahierungszwang zeigt nicht die Besonderheiten wie der vertragliche, da die durch letztwillige Verfügungen auferlegte Pflicht zu kontrahieren innerhalb erbrechtlicher Bestimmungen steht, wodurch auch der Dritte z. B. nicht zum Kontrahieren verpflichtet wird. Die durch Vertrag herbeigeführte Pflicht zu kontrahieren zeigt Besonderheiten, die eben gerade in der vertraglichen Eigenschaft des Vorvertrages liegen. Deshalb ist unserer Meinung nach der Vorvertrag bei „Inhalt der Schuldverhältnisse" § 305 ff. anzuführen, ein besonderer Abschnitt über ihn jedoch nicht zu bilden. Die einschlägigen Vorschriften über Form, Abtretbarkeit, Verjährung etc. sind bei den Bestimmungen über diese Prinzipien zu bringen. In der Handausgabe des BGB. von Fischer-Henle, 13. Auflage, wird an diesem Ort der Vorvertrag angeführt.

IV. Teil.

Die Anwendbarkeit des Vorvertrages.

Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag geht dahin, als Vertragsgegner beim Zustandekommen eines neuen Vertrages, des Hauptvertrages, mitzuwirken. Der Vorvertrag hängt aufs innigste mit dem Hauptvertrag zusammen. Da aber die Hauptverträge in ihrer Art und Weise verschieden sind, so ist zu prüfen, ob zu ihnen immer ein Vorvertrag möglich ist.

1. Der Vorvertrag beliebig einseitig oder zweiseitig?

Die Hauptverträge können einseitige und zweiseitige Verträge sein. Da auch die Vorverträge einseitig oder zweiseitig sein können, ergeben sich verschiedene Möglichkeiten der Verbindung. Diese Möglichkeiten sind schon im vorigen Abschnitt dargelegt und Adler hierbei angeführt worden. Nach ihm ist ein zweiseitiger Vorvertrag nur bei Zweileistungsverträgen möglich. Dies entspricht nicht den Tatsachen. Wie der Begriff Zweileistungsvertrag abzulehnen ist, so sind auch zweiseitige Vorverträge zu einseitigen Hauptverträgen möglich, so beispielsweise beim Darlehen das pactum de mutuo dando und pactum de mutuo accipiendo, die beide zusammen vorkommen können. Die Frage, ob der Vorvertrag beliebig einseitig oder zweiseitig sein kann, wird damit beantwortet, daß die Parteien infolge ihrer Vertragsfreiheit nach ihrem Belieben einseitige oder zweiseitige Vorverträge abschließen können. Durch die Beschaffenheit des Hauptvertrages werden sie daran nicht gehindert.

Die Hauptverträge werden weiter eingeteilt in Verträge, bei denen der reine Konsens den Vertrag hervorbringt, und Verträge, bei denen neben dem Konsens ein weiteres Erfordernis zum Vertragschluß nötig ist, so die Einhaltung einer Form oder Uebergabe einer Sache.

2. Der Vorvertrag zu Konsensualverträgen.

a) Der zweiseitige Vorvertrag zu Konsensualverträgen.

Beim zweiseitigen Vorvertrag zu einem Konsensualvertrag verpflichtet sich jede Partei bei dem später abzuschließenden Hauptvertrage in der zu seinem Abschluß erforderlichen Weise mitzuwirken. Dieser Hauptvertrag muß hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein, wie später auszuführen sein wird. Ist aber der Hauptvertrag schon bestimmt bezeichnet, so ist, wie man behauptet, der Hauptvertrag in dem Vorvertrag schon geschlossen, der Vorvertrag ist Hauptvertrag.[1])

Wäre dem so, so wären die Verpflichtungen aus dem Hauptvertrage schon gegenwärtig und es könnte sofortige reale Erfüllung des Hauptvertrages verlangt werden. Der Vorvertrag selbst aber erzeugt nicht die unmittelbare Verpflichtung zur sofortigen realen Erfüllung aus dem Hauptvertrag. Die Parteien wollen den späteren Abschluß des Hauptvertrages, wenn sie einen Vorvertrag schließen, und nicht die Fälligkeit der aus dem Hauptvertrag entspringenden Leistung. Der Vorvertrag ist also nicht schon der Hauptvertrag. Früher schon wurde auf den Gegensatz zwischen gegenwärtigem und zukünftigem Handeln hingewiesen. Siehe auch Degenkolb gegen Geller und Storch a. a. O. Seite 80. Dem gegenüber hilft auch nicht die Frage nach dem Erfolg. Scholtze faßt den Beweis zusammen (Seite 12): „Beide Verpflichtungen haben denselben Erfolg im Auge, die Leistung aus dem Hauptvertrag. Diese Kette von Verpflichtungen hat genau dieselbe Wirkung wie eine einzige Verpflichtung zur Vornahme des dinglichen Geschäfts haben würde. In dem Versprechen, sich später binden zu wollen, spricht er seine Gebundenheit bereits aus für die Jetztzeit". Der Enderfolg ist wohl der gleiche, aber als Erfolg des Vorvertrages ist eben die sofortige Leistung nicht bezweckt. Man darf diese Endwirkung nicht als unmittelbar beabsichtigt hinstellen. Erklärt und gewollt ist sie unmittelbar durch den Vorvertrag nicht. „Eine Absicht der Parteien, erst später einen Vertrag eingehen zu wollen, liegt nicht vor". Die Parteien wollen sich durch den Vorvertrag binden für die Jetztzeit; aber daneben besteht die Absicht, erst später den Hauptvertrag zu schließen, der unmittelbar dann die Leistungspflicht herbeiführen soll. Insofern hat Dernburg (bürgl. Recht, Band 2, Seite 183 ff.) recht, wenn er sagt, daß, wenn die Parteien erst künftig miteinander Verträge schließen wollen, man sie daran nicht hindern könne

[1]) Siehe Bechmann a. a. O. Seite 283, Schloßmann a. a. O., Stintzing a. a. O. Seite 54, 62, 76, Scholtze Seite 16 a. a. O.

(im Hinblick auf die Vertragsfreiheit). Das dürfte der wahre Wille der Parteien sein, der auch durch Anwendung des § 133 BGB. zu finden sein wird, wenn man den wahren Willen der Parteien erforschen will. Mit dem Wort „Die Absicht der Parteien, einen Vorvertrag vorläufig schließen zu wollen, kann nicht maßgebend sein, da der Richter die Tatsachen richtig würdigen muß, wenn die Parteien von ihrem Laienstandpunkt aus die Tatsachen falsch würdigen" (Scholtze S. 13) ist nichts dagegen bewiesen. Daß die Parteien diesen Erfolg, den sie durch den Vorvertrag erreichen, ebenso durch einen einzigen befristeten oder bedingten Vertrag erreichen können, ist richtig. Oft wird sich der vermeintliche Vorvertrag auch als befristeter oder bedingter, als alternativ verpflichtender oder ähnlicher endgültiger Vertrag darstellen. Bei der Erzwingung der Verpflichtung aus dem Vorvertrag ist allerdings dann ein Schuldtitel auf Abschluß des Hauptvertrages, und wenn Kläger die Leistung aus dem Hauptvertrag erzwingen will, ein Titel auf Leistung hieraus nötig. Der erste Titel ist überflüssig und nichts wert, behauptet man und das Gericht soll sich nicht für Launen der Parteien hergeben. (Schloßmann Seite 6.) Die Frage dreht sich darum, ob man aus diesem Zweckmäßigkeitsgrunde die Möglichkeit eines zweiseitigen Vorvertrages vor Konsensualverträgen verneinen will. Das ist Ansichtssache. Aus rein technischen Gründen ist die Möglichkeit dieses Vorvertrages zu bejahen und wir möchten sie auch im Hinblick auf diese Zweckmäßigkeitsfrage bejahen. Die Parteien wollen und können vielleicht erst später den Hauptvertrag genauer bestimmen und schließen, um Reibung zu vermeiden und doch schon gebunden zu sein, den Vorvertrag.

b) Der einseitige Vorvertrag zu Konsensualverträgen.

Beim einseitigen Vorvertrag ist nun die Möglichkeit des Zusammenfallens mit dem Hauptvertrag nicht gegeben Manche Schriftsteller, die den zweiseitig verpflichtenden Vorvertrag ablehnen, erkennen den einseitigen Vorvertrag zu Konsensualverträgen an.[1])

Hier verpflichtet sich sohin die eine Partei einen Vertrag zu schließen, während die andere Partei noch zu nichts verpflichtet ist. Die Aehnlichkeit mit der Offerte drängt sich sofort auf und es ist die Frage zu beantworten: Ist der einseitige Vorvertrag Offerte?

[1]) Siehe Bechmann a. a O. Seite 273 ff., Dernburg Preuss. Priv. Recht § 43, Göppert Seite 418, Förster-Eccius Band 1, § 77, vergleiche dazu auch Stintzing Seite 7 ff.

Offerte ist der einseitige Antrag einer Partei an die andere, mit ihr einen Vertrag einzugehen. Durch die Annahme des andern Teils wird dann die Einigung über den ganzen Vertrag herbeigeführt und der Vertrag dabei geschlossen. Rein technisch ist also der Vorvertrag schon deshalb keine Offerte, weil bei der Offerte nur die Erklärung der einen Partei vorliegt, die Annahme und damit der Abschluß des Vertrages noch aussteht, der Vorvertrag aber Offerte und Annahme in sich birgt, dadurch eben Vertrag ist. Um aber die Behauptung, daß der einseitige Vorvertrag in Wahrheit doch den Charakter oder wenigstens die Wirkung einer Offerte hat, zu begründen, verweist man auf die Gebundenheit, die sowohl durch Offerte wie durch Vorvertrag herbeigeführt wird. Die Gebundenheit kann bei der Offerte nach § 148 BGB. beliebig lang ausgedehnt werden. Beim Vorvertrag ist eine Fristbestimmung, wie sie bei der Offerte nötig ist, nicht nötig. Diese Gebundenheit ist nicht etwas Gleichartiges. Beim Vorvertrag spricht man nicht von Gebundenheit, sondern von Verpflichtung; man ist auf Grund des Vertrages verpflichtet den Vertrag einzuhalten und zu erfüllen, also etwas Positives zu tun. Bei der Offerte ist man an den Vertragsantrag gebunden, d. h., der Antragende kann den Vertrag nicht widerrufen und der Vertrag kommt durch die alleinige, zeitige Annahme zustande. Hier hat der Antragende nichts zu tun, als auf die Annahme zu warten. Diese Gebundenheit geht auf etwas Negatives. Dieser Unterschied wird klarer bei Betrachtung des Zuwiderhandelns und der Folgen daraus.

Hält sich der Antragende nicht an die Offerte, handelt er ihr entgegen, so wird durch die Annahme trotzdem ohne weiteres der Vertrag zur Entstehung gebracht, da eben die Offerte nicht durch beliebigen Widerruf zu nichte gemacht werden kann, (wie im gemeinen Recht vor 1900), und der Vertragsgegner kann nun den Schaden wegen Nichterfüllung verlangen. Eine Verpflichtung zur Sorgfalt[1]) hat er vor der Vertragsannahme nicht. Worauf sollte sie sich stützen? Er wird nur im eigenen Interesse diese Sorgfalt aufbringen, da er nach der Vertragsannahme, die im Belieben des Vertragsgegners steht, entweder die Verpflichtung des Vertrages erfüllen muß oder Schadenersatz nach § 276 BGB. ff. leisten muß. Wenn der Offerent z. B. die Sache vernichtet, so daß ihre Leistung objektiv unmöglich wird, würde ein Vertrag

[1]) Sorgfalt ist kein Mehr neben den sonstigen Leistungspflichten aber auch kein Weniger, sondern ist eine Eigenschaft des Verhaltens des Schuldners, der die Sache erhalten bezw. vorbereiten muß und nicht fahrlässig oder vorsätzlich dagegen handeln darf, will er sich nicht schadenersatzpflichtig machen.

über eine unmögliche Leistung vorliegen. Bei der Antragstellung war für den Offerenten die Leistung noch möglich, aber er machte sie später vor der Annahme unmöglich. Er weiß also bei der Vertragschließung, daß die Leistung unmöglich sei. Somit haftet er dem anderen für den Schaden, den dieser dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages traute, für das Vertrauens- oder negative Interesse. Kannte aber der andere die Unmöglichkeit oder mußte er sie kennen, so fällt die Haftung weg, § 307 Absatz 1 BGB. Ist aber der Vorvertrag abgeschlossen und vereitelt der Verpflichtete vor Abschluß des Hauptvertrages die Sache, über die der Hauptvertrag gehen soll, dann vereitelt er die Leistung aus dem Vorvertrag und er ist auf jeden Fall schadenersatzpflichtig. Vereitelt der Antragende weiterhin z. B. den Zugang oder rechtzeitigen Zugang der Annahmeerklärung schuldhafterweise, so ist er dem Antragsempfänger nach § 823 zum mindesten nach § 826 BGB. schadenersatzpflichtig. Die Gebundenheit des Offerenten gibt dem Antragsempfänger noch keinen Anspruch, sie ist ja mehr ein tatsächlicher Zustand. Tuhr und Siber schöpfen aus dieser Vorschrift des § 145 BGB. ein sog. Gestaltungsrecht für den Antragsempfänger. Doch das läßt sich nicht als sonstiges Recht nach § 823 Absatz 1 auffassen; diesen § 145 BGB. kann man aber als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Absatz 2 ansehen, so Staudinger Kommentar zu § 145 BGB. Nach Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 145 ist nur Schadenersatz nach § 826 möglich. Ist aber der Vorvertrag abgeschlossen, so haftet er für alle Handlungen, durch die ein Schaden entsteht aus Vertrag nach § 276 ff., daneben unter Umständen nach § 826.

Der Vorvertrag ist also nicht das gleiche wie die Offerte. Beim Vorvertrag liegt eine vertragliche Bindung vor. Der Verpflichtete hat die vertragliche Sorgfalt für den Erfüllungsgegenstand zu wahren. Was ist aber der Erfüllungsgegenstand des Vorvertrages? Ein contrahere, ein facere, wobei eine Sorgfalt unmöglich ist. Stintzing (Seite 14) folgert nun daraus, daß der Vorvertrag eine wahre Verpflichtung überhaupt nicht begründet, daß er nur Garantie oder Zusicherung der Schadlosigkeit sei. Wäre dies der Fall, so wären alle Verpflichtungen auf ein Tun keine wahren Verpflichtungen. Wenn kein Gegenstand vorhanden ist, für den Sorgfalt aufgewendet werden kann, so ist eine Verpflichtung solcher Art gleichwohl eine wahre Verpflichtung. Bestimmt man allerdings die Pflicht zur Sorgfalt in allen Fällen nach der Natur des in Aussicht genommenen Hauptvertrages, so mutet man dem Vorverpflichteten zu, die durch den Hauptvertrag zu leistende Sache schon mit derselben Sorgfalt zu behandeln,

wie wenn sie schon veräußert wäre. Juristisch möglich wäre dies, wenn man den Vorvertrag einfach als einen durch das Wollen des Gläubigers bedingten Hauptvertrag auffaßt. Da aber durch den Vorvertrag über die Sache des Hauptvertrages vertraglich nichts bestimmt wird, so kann auch nicht die auf Vertrag sich stützende Sorgfaltspflicht verlangt werden.

Die Möglichkeit eines einseitigen Vorvertrages wird weiterhin geleugnet. Er wird als fertiger Hauptvertrag unter der Bedingung si volam aufgefaßt, indem diese Bedingung stillschweigend hineininterpretiert wird. Die eine der Parteien verpflichtet sich einen Vertrag zu schließen. Es ist nun in das Belieben der anderen Partei gestellt, ob sie das weitere Erforderliche zum Vertragsabschluß tun will, da sie zum Abschluß nicht verpflichtet ist. Dies ist die Bedingung si volet. Diese Bedingung zweiseitigen Verträgen beizufügen, ist natürlich nicht angängig, da dadurch die zweiseitige Gebundenheit und damit das Wesen dieses zweiseitigen Vertrages vernichtet würde. Beim einseitigen Vorvertrag liegt also diese Bedingung im Willen des Berechtigten, der in keiner Weise verpflichtet ist. Ist diese Bedingung wirklich vorhanden, ist der einseitige Vorvertrag ein bedingter Hauptvertrag, so müßte eben der Vorvertrag schon ein zweiseitiger Vertrag sein, wenn der Hauptvertrag ein zweiseitiger Vertrag ist, mit Rechten und Pflichten auf beiden Seiten, der dann nur durch das Wollen des Berechtigten als Bedingung in Wirksamkeit tritt, als Vertrag aber schon mit Vertragschluß des Vorvertrages existent ist. Hier aber zeigt es sich, daß dies nicht der Fall ist; denn das Zustandekommen des Hauptvertrages hängt nicht von dem reinen Willen des Berechtigten ab, auch nicht von der reinen Erklärung dieses Willens, sondern von der entsprechenden Mitwirkung, die je nach der Initiative der Parteien verschieden sein kann. Beim bedingten Vertrag besteht die Leistungspflicht von dem Zeitpunkt an, in dem die Bedingung eingetreten ist; beim einseitig verpflichtenden Vorvertrage dagegen entsteht die Leistungspflicht — auf contrahere — sofort mit dem Vertragsschluß, die Leistungspflicht aus dem Hauptvertrag mit Zustandekommen des Hauptvertrages infolge Mitwirkung beider Parteien. Adler vertritt die Meinung, der einseitige Vorvertrag sei ein in die Bedingung si volet gestellter Vertrag, ein bedingter Vorvertrag. Auch hier ist zu bemerken, daß die Leistungspflicht beim bedingten Vertrag mit dem Zeitpunkt des Eintrittes der Bedingung in Lauf gesetzt wird, beim Vorvertrag entsteht die Leistungspflicht sofort mit Abschluß des Vertrages. Wenn nun der Berechtigte den Hauptvertrag tätigen will, also die Bedingung si volam erfüllt, so ergänzt er nach Adler den einseitigen Vorvertrag zu einem

zweiseitigen. Durch das „ich will" übernehme er die Pflicht zur Tätigung des Hauptvertrages. Er schreibt (§ 10 a. a. O.): „Wenn jemand auf den Abschluß eines Zweileistungsvertrages einseitig ein Recht hat, so hat er offenbar nicht das Recht bloß die zum Abschluß gehörende Leistung des Gegners zu verlangen. Die Pflicht selbst zu leisten hat er überhaupt nicht. Er hat bloß das Recht auf Leistung, wenn er selbst leistet. Er kann beispielsweise beim Darlehen (die Anführung eines Realvertrages bringt in diesem Zusammenhang in unserer Betrachtung der Konsensualverträge keine Störung hervor!) die Valuta nur erlangen, wenn er die Verpflichtung übernimmt. Die Verpflichtung übernimmt er aber bloß, wenn er will. Er kann also ein Recht aus dem Vorvertrag nur geltend machen, wenn er die Verpflichtung auch auf seiner Seite und damit den Vorvertrag selbst als einen nunmehr zweiseitig unbedingten Vorvertrag will". Er schiebt also zwischen einseitigen Vorvertrag und Hauptvertrag noch einen zweiseitigen Vorvertrag. Das ist aber nicht in den Vorvertrag hineinzuinterpretieren. Durch das einfache „ich will" entsteht noch keine Vertragsverpflichtung. Dazu ist Konsens beider Parteien nötig und in dem einseitigen Vorvertrag liegt nicht die Konsenserklärung, daß der andere, wenn er will, vertraglich verpflichtet ist. In diesem „ich will den Vertrag abschließen, zu dessen Abschluß Du durch den einseitigen Vorvertrag verpflichtet bist" liegt die Offerte, unter Umständen bloß eine Anregung zum Offerieren der Gegenseite den Hauptvertrag zu schließen. Vor dieser Annahme des Angebots ist der aus dem Vorvertrag Berechtigte nicht verpflichtet. Der einseitige Vorvertrag ist deshalb kein bedingter Vertrag. Ein einseitiger Vorvertrag kann nicht plötzlich bei Eintritt der Bedingung ein zweiseitiger werden, da Vertrag und Bedingung einen Vertrag darstellen, ein bedingter Vertrag nicht zwei Verträge involviert. In der Annahme der Bedingung, wenn der Berechtigte wolle, liegt nur die verkannte Notwendigkeit, daß der einseitige Vorvertrag nur zum Hauptvertrag führen kann, wenn der Berechtigte will. Das ist aber höchstens eine notwendige daher unechte Bedingung. Ebenso ist die Offerte bedingt, deren Annahme auch im Belieben des Gegners steht.

Nach diesen Ausführungen ergibt sich, daß der einseitige Vorvertrag zu Konsensualverträgen möglich ist.

3. Vorvertrag zu Verträgen, bei denen neben dem Konsens noch ein weiteres Erfordernis nötig ist.

a) Vorvertrag zu Realverträgen.

Bei den sog. Realverträgen sind zum Abschluß des Vertrages nötig: die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Parteien und die Uebergabe der vertragsgegenständigen Sache von der einen auf die andere Partei. Die Möglichkeit eines Vorvertrages zu den Realverträgen wird fast allgemein zugegeben, ja als das geeignete Gebiet für Vorverträge erklärt. (Vergleiche Endemann a.a.O. Seite 617, Anm. 9). Ist doch hier nicht die Möglichkeit für das Zusammenfallen des Vorvertrages mit dem Hauptvertrag gegeben, desgleichen nicht die Wirkung, daß der Hauptvertrag eine unnötige Wiederholung des Vorvertrages ist. Doch finden sich auch gewichtige Gegner. Für einen solchen Vorvertrag findet sich aber sogar im BGB. eine Stelle, das Darlehensversprechen im § 610. Dieses kann einseitig sein und wird es regelmäßig sein, indem die Hingabe des Darlehens versprochen wird. (Pactum de mutuo dando.) Es kann aber auch gegenseitig sein, indem der Gegner dazu noch die Annahme verspricht. Auch ist die Möglichkeit gegeben, daß nur die Annahme des Darlehens versprochen wird (pactum de mutuo accipiendo). Im § 610 ist jedoch nur von dem Darlehensversprechen die Rede.

Beim einseitigen Vorvertrag zu Realverträgen kann die Daseinsberechtigung des Vorvertrages nicht bestritten werden. Das bedarf keiner weiteren Ausführungen. Lehnt man die Möglichkeit der Realverträge für unser heutiges Recht ab und erklärt sie für Konsensualverträge, so ist der einseitige Vorvertrag ein solcher vor Konsensualverträgen und daher möglich wie oben ausgeführt. Greifen wir aber auf § 610 zurück, so entsteht durch den einseitigen Vorvertrag für den Berechtigten ein Anspruch auf Hingabe der Darlehensvaluta durch den Verpflichteten. Diese Hingabe der Valuta ist als notwendiges Element neben dem nochmaligen Konsens anzusehen. In diesem Anfordern des Berechtigten ist die Offerte zum Darlehensvertrag zu erblicken, die durch Hingabe der Valuta stillschweigend angenommen wird, so daß Konsens und Hingabe der Sache vorliegt.

Beim gegenseitigen Vorvertrag zu Realverträgen nimmt man ebenfalls die Möglichkeit des Vorvertrages als gegeben, zum Teil als notwendige an (vergleiche Thöl a.a.O.). Zum Zustandekommen des Realvertrages sind zunächst unbestritten, wie im römischen Recht, nötig Konsens und Hingabe der res.

Der Konsens oder conventio ist ein Teil des Vertrages, ein Stadium in der Entstehung, bis der andere Teil, die Hingabe der res hinzukommt und damit den Vertrag vervollkommnet und vollendet. Der Konsens allein bindet also noch nicht die Parteien an den Vertrag. Bei Vorliegen des Konsens allein können aus ihm noch keine Ansprüche geltend gemacht werden. Dieser Konsens ist kein Vertrag, auch kein Vorvertrag. Das moderne Recht steht im allgemeinen auf dem Prinzipe, daß der bloße Konsens der Parteien zur Vertragsschließung genügt. Man hat deshalb die Realverträge verworfen und sie als Konsensualverträge erklärt. Der Konsens bringt den Vertrag hervor und die Uebergabe der Sache ist nur die Folge aus diesem Konsensualvertrage, nicht ein Element des Abschlusses.[1]) (Unger in Ihering's Jahrbuch, Band 8 Seite 5). Man zieht hier gerne die Miete in Vergleich. Angenommen, dieser Konsens macht die Realverträge im modernen Recht zu Konsensualverträge, so ist entsprechend wie vorhin vor diesen Konsensualverträgen ein zweiseitiger Vorvertrag möglich. Hier greift nur wieder das Problem herein, ob ein Vorvertrag zu Konsensualverträgen überhaupt möglich ist, was wir im vorhergehenden Abschnitt bejahend beantwortet haben.

Diese Vorsetzung des Vorvertrages vor dem Realvertrag (Konsens + Konsens + Uebergabe der Sache) wurde weiterhin aber weggelassen. Man nahm den Konsens aus dem Realvertrag und machte ihn zum Vorvertrag. Man nahm also einen Konsens an und nicht zwei, nämlich den des Hauptvertrages und des Vorvertrages. Man gibt zwar zu, daß der Realvertrag aus Konsens und res besteht und daß der bloße Konsens noch keine verpflichtende Kraft hat. Nun aber sollen die Parteien auf Grund ihres besonderen Willens schon durch diesen Konsens gebunden sein, sollen einander verpflichtet sein eine Sache z. B. als Darlehen zu geben und zu nehmen. Da der Darlehensvertrag aber erst mit Hingabe der Sache vollendet ist, so soll nun dieser Konsens mit bindender Kraft ein Vorvertrag sein und zwar notwendigerweise. Demgegenüber steht die Ansicht, daß ein Realvertrag in den Fällen, in denen die Parteien vorher alle Einzelheiten des zu schließenden Vertrages bereden und eine vertragliche Verpflichtung auf Eingehung des Hauptvertrages begründen, ein Konsensualvertrag werde. (Kohler im Arch. Bürgl. Recht Band 2). Damit ist die Annahme der Notwendigkeit des Vorvertrages unmöglich, in dieser Fassung aber auch die Möglichkeit eines Vorvertrages

[1]) Nach Schloßmann ist ein Realkontrakt nichts anderes als ein von der ersten Phase der Realisierung gefolgter Konsensualkontrakt siehe Seite 53 ff. 68.

überhaupt hinfällig. Der Vorvertrag zu einem verzinslichen Darlehen soll niemals Vorvertrag zum Realvertrag sein, sondern konsensualer Hauptvertrag, indem die reale Leistung nebst Rückgabe lediglich ein Entwicklungsstadium, Leistungen, darstellt. Der Fehler liegt bei dieser Theorie wie bei der vorhergehenden eben darin, daß ein Konsens angenommen wird.

Wird wirklich, wie Kohler annimmt, ein Realvertrag, wenn ihm ein Vorvertrag vorausgeht, Konsensualvertrag? Beim Vorvertrag geht der Konsens der Vertragsparteien dahin, später erst einen Realvertrag zu schließen, nicht schon jetzt, mag der Darlehensversprecher auch nur von der Darlehenshingabe sprechen, so ist das doch nicht bloß Hingabe der Sache sondern Realvertrag. Die Realverträge werden nicht zu Konsensualverträgen, sondern bleiben Realverträge. Man zieht hiebei die bei den Realverträgen durch ihren Abschluß entstehende Verpflichtung auf Rückgabe für ihre Beurteilung heran. Eine Rückgabe kann logischerweise erst erfolgen, wenn die Sache hingegeben worden ist. Die Verpflichtung zur Rückgabe, folgert man weiter, (Unger Seite 9 ff.) kann also gleichfalls erst von der Hingabe an datieren. Ich kann nicht zur Rückgabe verklagt werden, wenn die Sache noch nicht hingegeben worden ist. Daher gehört die Hingabe zur Entstehung der vertraglichen Verpflichtung auf Rückgabe, sie ist vertragsbegründendes Moment und spricht für den Realvertrag. Nun kann sich aber der Kreditnehmer verpflichten, eine Summe zu geben, und der Kreditnehmer schon jetzt die Verpflichtung übernehmen, das in Zukunft zu Empfangende zurückzugeben. Es ist also die Hingabe nicht der Grund neben dem Konsens für die Rückgabe. Das spricht wieder zu Gunsten der Annahme eines Konsensualvertrages. Ist der Realvertrag in Wirklichkeit ein Konsualvertrag, ist mit dem Konsens der Vertrag entstanden, dann unterliegt die Forderung auf Auszahlung der Aufrechnung, bei der Annahme eines Realvertrages dagegen nicht. (Vergleiche Enneccerus Lehrbuch Band 1, 2, Anm. 2 zu § 362). Das ist mit dem Wesen des Realvertrages schwer vereinbar und führt auf Abwege, denn die Rückgabepflicht entsteht eben nur nach der Hingabe. Das Wesen des Vertrages richtet sich nach seinem Zweck. Die Verpflichtung zur Rückgabe ist nun nicht der Zweck dieser Geschäfte, sonst bräuchte ich sie nicht erst hingeben (siehe Stintzing Seite 49), sondern nur eine Verpflichtung infolge der Erreichung des Zweckes, den anderen einen unentgeltlichen Vorteil zu verschaffen oder selbst einen Gegenwert dafür zu erhalten.

Die unentgeltlichen Realverträge haben als causa die Erweisung einer Liberalität. Das römische Recht hielt streng an der Unentgeltlichkeit der drei realen Liberalitätsverträge

depositum, commodatum, unverzinsliches mutuum fest. Es lief dem römischen Gefühl zuwider, auf den Abschluß von Gefälligkeitverträgen eine Klage zuzulassen. Darum ließ man diese Verträge erst mit der Hingabe der Sache existent werden. Es geht nun nicht an, aus den Definitionen der Realverträge im BGB. den lukrativen Gedanken zu lesen und nur für die unentgeltlichen Realverträge den Charakter als Realvertrag aus dem BGB. zu finden. (Vergleiche Tobias Seite 62.) Im BGB. sind keine Unterschiede gemacht zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Realverträgen. Der römische Gedanke, daß eine Liberalität nicht erzwungen werden soll, entfällt bei den entgeltlichen Realverträgen. Aber dann gleich die Ausdehnung des Prinzips der Realverträge auf entgeltliche Verträge als Verstoß gegen die Grundgedanken des BGB. auszurufen und die Vereinbarung einer entgeltlichen Verwahrung oder eines verzinslichen Darlehens als konsensualen Hauptvertrag anzusehen, ist nicht gerechtfertigt. Die Definitionen des BGB. sprechen für den Realvertrag, beim Darlehen: „Wer empfangen hat, ist verpflichtet", „Durch den Verwahrungsvertrag verpflichtet eine übergebene Sache aufzubewahren", „Durch den Leihvertrag verpflichtet den Gebrauch zu gestatten (nicht zu gewähren)". Beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag ist daher die Vergütung nicht zu zahlen, wenn die Hingabe zur Verwahrung unterbleibt. (Enneccerus Lehrbuch Anm. 5 zu § 390) Das Reichsgericht hat sich bei diesen Verträgen für ihre Natur als Realverträge ausgesprochen und diese Annahme bestätigt. (Für das Darlehen in E. 71, 117, 108, 150, J. W. 09, 390; 15, 575.) Beim Verpändungsvertrag verlangt das Gesetz im § 1205 eindeutig Uebergabe und Konsens.

Mit dieser Anschauung des Realvertrages ist ohne weiteres hinfällig, daß jeder Vorvertrag zu einem Realvertrag den Realvertrag zum konsensualen Vertrag macht, daß der Vorvertrag ein konsensualer Hauptvertrag geworden ist.

Der Konsens neben der Hingabe der Sache darf auch nicht als notwendiger Vorvertrag aufgefaßt werden, da sonst die Hingabe der Sache ohne Konsens ist und keinen Vertrag hervorbringen kann.

b) Der Vorvertrag zu formellen Verträgen.

Im modernen Recht gibt es ebenfalls Verträge, die zu ihrer Begründung neben dem Konsens einer Form bedürfen. Mangelt diese Form, so sind sie nichtig. § 125 BGB.

Das BGB. ist aber nicht einheitlich in der Auffassung des Wesens der Form. Die Form ist Bedingung des Zustandekommens des Vertrages: einmal ist die Urkunnde notwendiger

Träger des Rechts, das andere Mal nicht. (Stintzing a.a.O. Seite 60 -- unterscheidet Formalkontrakte und formbedürfte Rechtgeschäfte.)

Die Möglichkeit des Vorvertrages zu solchen Verträgen, die eine Form erheischen, ist zu bejahen. Es ist kein Grund ersichtlich, die Möglichkeit des Vorvertrages vor solchen Verträgen, bei denen die Urkunde nicht notwendiger Träger des Rechts ist, zu verneinen, nachdem oben die Möglichkeit des Vorvertrages zu Konsensual- und Realverträgen dargetan wurde. Vor dem Formalvertrag, der Scripturobligation, bei der die Urkunde Trägerin des Rechts ist, wird aber diese konstruktive Möglichkeit des Vorvertrages illusorisch im Hinblick auf die einzelnen Rechtsgeschäfte dieser Art.

Vor allem der Wechselvorvertrag, das pactum de cambiando wird abgelehnt. Eine solche Verpflichtung geht nach Schloßmann (Seite 95, 96) nicht auf Abschluß eines Vertrages, also nicht auf contrahere, sondern immer nur auf ein Handeln oder ein Geben oder beides zugleich. Damit ist auf die ausschlaggebende Frage hingedeutet. Was ist der Wechsel? Es ist nicht zu bestreiten, daß die Ausstellung des Wechsels ihrem innersten Wesenszweck nach ein Erfüllungsgeschäft ist. Statt Barzahlung wird ein Wechselaccept gegeben. Es steht auf gleicher Stufe mit der Zahlung. Erscheint aber die Barzahlung als dingliches Geschäft, so ist dies vom Wechsel nicht zu behaupten. Der Wechsel ist kein dingliches Erfüllungsgeschäft, sondern er ist unzweifelhaft obligatorischer Natur. Er ist nicht endgültiges Erfüllungsgeschäft, zwischen causalem Grundgeschäft und der Leistung daraus schiebt sich das abstrakte, obligatorische Wechselgeschäft. Aus dem Wechsel entsteht ein Forderungsrecht, das mit dem Papier geltend zu machen ist und in besonderer Wechselklage aus dem Wechsel gerichtlich zu verfolgen ist. Der Wechsel stellt tatsächlich eine Obligation dar.

Das Zustandekommen dieser Obligation ist bestritten. Nach der Kreationstheorie entsteht die Wechselverpflichtung durch einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, nach der Vertragstheorie durch Geben und Nehmen, durch einen Vertrag, den Wechselbegebungsvertrag. Je nachdem ist nun überhaupt die Möglichkeit für einen Vorvertrag gegeben. Entsteht nach der Kreationstheorie die Wechelverpflichtung durch einseitiges Handeln, so ist ein Vorvertrag nicht möglich, da ein Vorvertrag den Abschluß eines anderen Vertrages bezweckt. Entsteht die Wechselverpflichtung durch Vertrag, so ist ein Vorvertrag möglich. Die herrschende Meinung wendet für das Wechselaccept, übrigens auch für das Inhaberpapier, die Kreationstheorie an, für die Entstehung der Verpflichtung

des Wechselausstellers und des Wechselindossanten oder für die Entstehung der Verpflichtung aus Rektapapieren die Vertragstheorie an. Damit ist die Möglichkeit für einen Vorvertrag gegeben und das Dasein des pactum de cambiando anerkannt.

Ist dieses pactum de cambiando aber in Wirklichkeit ein Vorvertrag? Durch diesen Vertrag entsteht die Verpflichtung, einen Wechsel auszustellen oder zu indossieren. Diese Vereinbarung erscheint aber nicht einmal als selbständiger Vertrag. Es wird meist als Nebenverpflichtung zum Grundgeschäft, zum Grundvertrag angesehen. Schon Degenkolb ist dieser Meinung. Er läßt bei Wechselschluß das pactum de cambiando seine causa auf den Hauptvertrag, den Wechsel, übertragen. Diese Nebenbestimmung ist ein Teil des Grundvertrages. Sie enthält die näheren Bestimmungen über den Zahlungsmodus, sie gibt an, wie z. B. der Kaufpreis geleistet werden soll. Sie bestimmt die Leistung des Entgeltes in diesem Grundvertrag. Insofern ist die Verpflichtung des pactum de cambiando ein Vertragsteil und überhaupt nicht als selbständiger Vertrag aufzufassen.

Teilt man diese Auffassung nicht, bezeichnet man diesen Vertragsteil als Nebenbestimmung und gibt dieser Nebenbestimmung dann eine selbständige Stellung, gibt man dem Wort pactum nicht die Bedeutung von Vertragsteil, sondern von Vertrag, so kann die Frage nach der causa dieses Vertrages dahingestellt bleiben; denn das pactum de cambiando ist kein Vorvertrag. Das pactum de cambiando ist die vertragliche Uebereinkunft, aus der die Verpflichtung einen Wechsel auszustellen oder zu indossieren entsteht, notwendigerweise entstehen muß. Diese Uebereinkunft kann nicht fehlen. Folgt sie der Wechselausstellung nach, dann fällt sie mit dem Begebungsvertrag dem pactum cambii zusammen, aber die beiderseitige Einwilligung einen Wechsel statt Barzahlung anzunehmen, muß vorhanden sein. Das pactum de cambiando ist diese Vereinbarung, die der Ausstellung des Wechsels vorausgeht. Ein wahrer Vorvertrag aber ist nur der, welcher auch fehlen kann. Der Hauptvertrag muß immer auch selbständig entstehen können. (Brinz Pandekten a. a. O. Anm. 1.) Gegen diese Voraussetzung verstößt das pactum de cambiando. Infolgedessen ist das pactum de cambiando kein Vorvertrag.

Einen Vorvertrag aber zwischen den pactum de cambiando und seiner Erfüllung einzuschieben, ist sinnlos, da die Verpflichtung einen Wechsel auszustellen oder zu indossieren, schon besteht.

Damit scheidet schon der Wechsel als Möglichkeit einen Vorvertrag zuzulassen, aus. Dieselbe Prüfung wie beim Wechsel ist auch bei den sonstigen Scripturobligationen anzuwenden.

Vor allem gehört die Frage nach der Vertragsreproduktion hierher.[1]) Vertragsreproduktion ist die einen schon geschlossenen Vertrag bewußt in sich aufnehmende, in Vertragsform erfolgende Beurkundung oder Verlautbarung. (Degenkolb a. a. O. Seite 162.) „Diese Vertragsvollziehung realisiert eine darauf gerichtete Abrede, d. i, sie realisiert ein pactum de contrahendo". (Degenkolb Lehre vom Vorvertrag Seite 90.) Im § 154, Absatz 2 BGB. glaubt man eine Bestätigung für diese Anschauung gefunden zu haben.

§ 154, Absatz 2 BGB. lautet: „Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist". Die Beurkundung kann also zu verschiedenem Zeitpunkt vereinbart werden. Der Vertrag ist schon geschlossen und nun vereinbaren die Parteien erst die Beurkundung. Die Beurkundung nach dem Abschluß des Vertrages wird meist zum Zwecke des Beweises verabredet. Die Verabredung der Beurkundung verfolgt deklaratorische, nicht konstitutive Zwecke. Es soll kein neuer Vertrag geschaffen werden, sondern der alte Vertrag nur schriftlich festgelegt werden, also eine tatsächliche Handlung vorgenommen werden. Eine Verpflichtung zum Abschluß eines neuen Vertrages, also zum Kontrahieren liegt nicht vor. Damit ist dies kein Vorvertrag.

Bei einfacher Vertragswiederholung liegt aber desgleichen kein Vorvertrag vor. Steht der rechtsverbindliche Wille der Parteien nicht in zweifelsfreier Weise fest und schließen dann die Parteien schriftlich den Vertrag nochmals, so handeln sie nicht aus einer Verpflichtung einen Vertrag abzuschließen, einen neuen Vertrag abzuschließen, um den alten zu erfüllen. Nur aus dem neuen Vertrag ergeben sich Verpflichtungen. Der erste Vertrag wird bedeutungslos und durch den zweiten gleichwertigen und in gleicher Richtung gehenden verdrängt.

Wird die Beurkundung vor dem Vertragsschluß verabredet, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist. Das sagt nur, daß die Parteien vereinbaren können und daß ihre Absicht entgegen der gesetzlichen Präsumption dahin gehen kann, daß der Vertrag auch vor der Beurkundung zum Abschluß kommen kann. Die gesetzliche Präsumption des § 154, Absatz 2, entspricht dem § 125 BGB. Aber bei der gewillkürten Form kann eben durch § 154, Absatz 2, von den Parteien eine Abänderung getroffen werden. Soll der Vertrag vor der Beurkundung zum Abschluß kommen, so ist sein Inhalt ebensowenig eine Verpflichtung,

[1]) Siehe Degenkolb a. a. O. Seite 90, 164 ff.; Thöl § 243, 246, Planck Kommentar zum BGB. Band 1, Seite 315, Anm. 2, Staudinger Kommentar zum BGB. Band 1, Seite 490, Anm. 4, Seite 580 Anm. 5.

einen neuen Vertrag herbeizuführen, er ist der Hauptvertrag schon selbst. Die Beurkundung des Vertrages ist wiederum nur eine tatsächliche Handlung und kein neuer Vertragsschluß und hat nur deklaratorische Bedeutung. Steht die Absicht und die Vereinbarung der Parteien der gesetzlichen Präsumption entgegen, so geht es nicht an, aus dieser Bestimmung des § 154 Absatz 2 zuschließen: der Vertrag ist erst „beabsichtigt" und wenn der Vertrag schon durch die Vereinbarung der Beurkundung geschlossen werden soll, so kann das nur ein Vorvertrag sein. Einen so starken Ton auf „beabsichtigt" zu legen, ist nicht berechtigt und durch die Abrede der Beurkundung wird nur eine Verpflichtung auf die tatsächliche Handlung der Anfertigung der Schriftform des Vertrages, der Urkunde, erzeugt, aber keine Verpflichtung auf contrahere, einen neuen Vertrag, den sog. Hauptvertrag abzuschließen. Im § 154 Absatz 2 wird kein Vorvertrag gebracht und weder für noch gegen den Vorvertrag Stellung genommen.

4. Ist der Vorvertrag nur zu obligatorischen Verträgen möglich?

Diese Ausführungen haben vor allem das Vorkommen von Vorverträgen zu obligatorischen Verträgen zum Gegenstand gehabt. Beschränkt sich aber das Vorkommen von Vorverträgen auf die Möglichkeit vor obligatorischen Verträgen? Die Untersuchungen gehen meist nur über den Vorvertrag zu obligatorischen Verträgen.

Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag geht auf Abschluß von Verträgen. Verträge haben aber nicht nur zum Gegenstand die Begründung einer Obligation. So haben die Abtretung und die Schuldübernahme den Uebergang einer Obligation zum Inhalt, der Erlaß das Ende einer Obligation. Desgleichen ist das Wesen der dinglichen Verträge die Erfüllung einer Obligation, die Herbeiführung eines tatsächlichen Zustandes, z. B. Eigentumsübertragung. Die familienrechtlichen Verträge führen einen tatsächlichen Zustand herbei, so Anerkennung eines unehelichen Kindes, Annahme an Kindesstatt; ebenso die erbrechtlichen Verträge, Erbvertrag und Erbverzicht.

Da die Verpflichtung des Vorvertrages auf Mitwirkung zum Abschluß eines neuen Vertrages geht, so ist damit nicht gesagt, daß dieser neue Vertrag nur ein obligatorischer Vertrag sein müßte. Vor jedem Vertrag kann ein Vorvertrag einhergehen. Ein zwingender Grund, daß der Hauptvertrag die Begründung einer Obligation zum Inhalt haben müsse, liegt nicht vor. Aber immerhin ist die vorzugsweise wirtschaftliche Bedeutung des Vorvertrages die, daß er Vorberei-

tung ist zum Abschluß eines obligationserzeugenden Vertrages. (Siehe Windscheid-Kipp a. a. O. § 310.)

Nun ist aber vor allem bei den dinglichen Verträgen z. B. auf Uebertragung des Eigentums wie bei der Auflassung kein Anlaß vorhanden, den Verpflichteten zur Uebertragung des Eigentums nochmals durch Vorvertrag zu verpflichten. Dazu ist er bereits durch die vorgehenden obligatorischen Verträge verpflichtet. Nochmals einen Vorvertrag dazwischen zu schalten, hat keinen Zweck. Dieser Vorvertrag hätte den Sinn einer Voreinigung. Die Voreinigung müßte unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichtet sein; dann wäre sie aber die Einigung selbst und eine nachträgliche Einigung nur eine Wiederholung der vorhergegangenen (Staub Kommentar zum HGB. § 350, Anm. 52.) Ein solcher Vorvertrag ist unmöglich, da ein Vorvertrag immer obligatorischer Natur ist. „Ein dinglicher Vorvertrag zu einer Einigung im Sinne des § 873 BGB. ist rechtlich unmöglich" (Staudinger Kommentar zum BGB. zu § 873). Aber fährt dieser fort: „Aus einem solchen als schuldrechtlichen Vertrag (z. B. auf Einräumung einer Grunddienstbarkeit oder auf Rangrücktritt oder auf Löschung einer Hypothek) kann auf Vornahme einer dinglichen Rechtsänderung im Sinne des § 873 geklagt werden". Diese angeführten Beispiele sind nicht Vorverträge, sondern die schuldrechtlichen Grundgeschäfte, die die Bewirkung der Rechtsänderung zum Gegenstande haben. (Vergl. Kommentar der Reichsgerichtsräte Band 3, Seite 250.)

Es darf nicht der Schluß gezogen werden, daß der obligatorische Vertrag selbst ein Vorvertrag zum dinglichen Ausführungsvertrag sei. So hat Adler in a. a. O. Seite 22 ff. den Causalvertrag (z. B. den Kauf) als Vorvertrag zum nachfolgenden Traditionsvertrag als Hauptvertrag bestimmt. Das ist eine Verkennung des Wesens des Vorvertrages. Zum Begriff des Vorvertrages gehört, daß er mit der Schließung des bestimmungsgemäßen Hauptvertrages seine Beendigung findet (Endemann a. a. O. Seite 455 ff.) und weitere Ansprüche nur noch aus dem Hauptvertrag hergeleitet werden können. Der vorhergehende obligatorische Vertrag bleibt aber neben dem Ausführungsvertrag, dem dinglichen Vertrag, bestehen, geht nicht in dem dinglichen Vertrage auf. Zudem hat der obligatorische Vertrag seinen Tatbestand und Rechtszweck in sich, er ist nicht bloß der „Schrittmacher" für den nachfolgenden Vertrag. Der dingliche Vertrag eben als Erfüllungsakt des vorgehenden obligatorischen Vertrages kann nicht für sich allein bestehen, er hat naturnotwendig einen obligatorischen Vertrag als vorausgehenden Vertrag als Grund, er geschieht solvendi causa. Daher ist hier die Definition von

Brinz-Lotmar (a.a.O.) als zutreffend anzuführen: „Ein wahrer Vorvertrag ist nur der, welcher auch fehlen kann; der Hauptvertrag muß immer auch selbständig entstehen können". (Siehe auch Oertmann a.a.O. zu § 125, Seite 392.) Damit ist der obligatorische Vertrag vor dem dinglichen nicht ein Vorvertrag vor dem dinglichen Hauptvertrag.

Bei der Möglichkeit des Vorvertrages zu Hauptverträgen, die nicht nur obligatorischer Natur sind, darf aber nicht übersehen werden, ob ein Vorvertrag zu bedingungs- oder befristungsfeindlichen Verträgen möglich ist. Bedingungs- und befristungsfeindlich sind vor allem Verträge, die auf Begründung oder Lösung der Ehe oder der elterlichen Rechtsgeschäfte gerichtet sind, so z. B. Eheschließung, Anerkennung der Ehelichkeit, Annahme an Kindesstatt.

Manche Verträge sind nach dem Gesetz bedingungsfeindlich, fast immer auch befristungsfeindlich. Hier könnte ein Vorvertrag dazu helfen, diese Bedingungs- oder Befristungsfeindlichkeit des Vertrages zu umgehen. Sind Bedingungen oder Befristungen im Hauptvertrag verboten, so könnte man zum Vorvertrag greifen und diese Verbote würden hinfällig; denn der Vorvertrag ist keine Bedingung noch Befristung, sondern selbständiger Vertrag. Diese Ansicht vertritt auch Tobias (a.a.O. Seite 90), der gerade hier die Möglichkeit des Eingreifens eines Vorvertrages begrüßt, um die Leistungen aus Verträgen, die als bedingte unzulässig sind, zu sichern. Bei einer Reihe von Geschäften ist die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung deshalb ausgeschlossen, weil der bedingte oder befristete Abschluß dem sittlichen Empfinden oder dem öffentlichen Interesse widerspricht. Ein solches Geschäft ist nichtig, wenn ihm eine Bedingung oder Zeitbestimmung hinzugefügt wird. Auch der auf die Gültigkeit gerichtete Wille aller an dem Geschäft beteiligten und interessierten Personen vermag es nicht gültig zu machen. Würde nun durch den Vorvertrag diese verbotenen Bedingungen doch erreicht werden, so würde damit wiederum das sittliche Empfinden oder das öffentliche Interesse verletzt. Ein Vorvertrag zu bedingungs- oder befristungsfeindlichen Verträgen ist damit nicht möglich. Wie später bei der Form, so wirken auch hier bei der engen Verbindung des Vorvertrages mit dem Hauptvertrag besondere gesetzliche Vorschriften und Verbote, die für den Hauptvertrag erlassen sind, auf den Vorvertrag ein.

Desgleichen ist ein Vorvertrag unmöglich bei Verträgen, die zu ihrem Abschluß der Genehmigung des Gerichts bedürfen z. B. der Abfindungsvertrag (§ 1714 BGB.) Die Genehmigung ist keinerlei Form des Vertrages, sondern Mitwirkung

der Behörde bei der Vertragstätigung. Das Gericht aber kann sich nicht binden, da es unabhängig nach Pflicht und Gewissen entscheiden muß. Ob ein solcher Vertrag die Genehmigung findet, kann nicht von vorneherein festgelegt werden und daher ist auch keine Verpflichtung zu dem Abschluß eines solchen Vertrages möglich. Würden die vertragschließenden Privatpersonen einen solchen Vorvertrag schließen, so könnten sie gegeneinander auch gar nicht auf Erfüllung klagen. Die Erfüllungsmöglichkeit einer Verpflichtung, die Genehmigung des Gerichts herbeizuführen, steht sehr im Ungewissen, wäre überdies in dieser Form auch kein Vorvertrag mehr.

So findet die Erweiterung der Möglichkeit des Vorvertrages über die schuldrechtlichen Verträge hinaus doch wieder seine Grenzen.

V. Teil.

Der Vorvertrag des Näheren.

1. Gültigkeitserfordernisse des Vorvertrages.

a) Inhaltsbeschaffenheit.

Die Erfordernisse des Inhalts, denen der Vorvertrag Genüge leisten muß, richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes über den Inhalt der Verträge (also nach § 305 ff. BGB.) Als Inhalt muß aus dem Vorvertrage ohne weiteres erkennbar sein die Persönlichkeit der beiden Vertragschließenden, die Verteilung der Verpflichtungen und Berechtigungen. Dieser Inhalt des Vorvertrages sind nun die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien, einen künftigen Vertrag zu schließen. Dasjenige, was zu leisten ist, muß genau bestimmt sein. Deshalb müssen die Inhaltserfordernisse auch des Hauptvertrages, zu dessen Abschluß sich die Parteien verpflichtet haben, eingehalten werden; mit anderen Worten: der Vorvertrag muß in bestimmter Weise den Hauptvertrag in sich enthalten. Die Verurteilung zur Leistung aus dem Vorvertrag auf Abschluß eines Hauptvertrages muß einen Sinn haben und die Möglichkeit zur Exekution bieten. Der Hauptvertrag und damit die Leistung aus dem Vorvertrag muß nun nicht gerade genau bestimmt sein, sie muß aber richterlich bestimmbar sein. Nach Dernburg (Bürgl. Recht 2 Seite 217) genügt es, wenn das Vereinbarte ausreichend ist, um die Einzelheiten des Vertrags in einer den einverständlich erklärten Absichten der Parteien entsprechenden Weise künftig im Streitfall richterlich festzustellen. (Vergleiche dazu auch § 315 BGB.) An den Vorvertrag geringere Anforderungen bezüglich des Inhaltes zu stellen als an den Hauptvertrag, geht insoferne nicht an, als die Mindesterfordernisse der Bestimmtheit sowohl beim Vorvertrag wie beim Hauptvertrag vorhanden sein müssen. (Siehe Degenkolb a. a. O. Seite 35, Göppert Seite 415, Staudinger a. a. O. vor § 145 und dortselbst angeführt ROHG. Band 9, Seite 38; Band 17, Seite 218. Urt. des OLG. Kolmar vom 25. 6. 1908 in R. d. OLG. Band 17, Seite 372 ff. RG. E. 66, 116 ff.; 106, 174 ff. JW. 07, 394.)

Selbstverständlich muß bei Abschluß des Vorvertrages der Hauptvertrag über eine mögliche oder möglich werdende Leistung gehen (§ 308 BGB.) und darf nicht in seinem Inhalt gegen die guten Sitten oder sonstige Verbote verstoßen z. B. § 310 BGB. ff. Desgleichen darf nicht der Vorvertrag aus unsittlichen Gründen geschlossen werden. Weiteres aufzuführen ist nicht vonnöten, außer das Erfordernis der Form des Vorvertrages näher zu betrachten.

b) Form des Vorvertrages.

Die Formfrage des Vorvertrages bildet mit die umstrittenste Frage des Vorvertrages. Ueber die Form wurde entsprechend der Nichterwähnung des Vorvertrages im BGB. nichts bestimmt. (Vergleiche Motive Band 1, Seite 184.) Doch hat sich in Theorie und Praxis eine Ansicht herausgebildet, die als Maßstab zur Entscheidung dienen kann.[1])

Ein Erfordernis der Form besteht für den Vorvertrag zunächt überhaupt nicht. Wie die Parteien innerhalb der gesetzlichen Vorschriften den Inhalt ihrer Verträge nach ihrem Willen ordnen können, so können sie auch über die Form bestimmen. Im BGB. herrscht das Prinzip der Formfreiheit, der bloße Konsens verbindet. Das gilt auch für den Vorvertrag. Nur für einzelne Verträge hat das BGB. die Form vorgeschrieben und diese Ausnahme ausdrücklich vermerkt z. B. § 311, 313, 518, 761, 780 etc.). Einzelne Formalverträge (Scripturobligationen) bedürfen notwendig der Form als Voraussetzung für ihr Entstehen. Unter allen diesen Verträgen findet sich der Vorvertrag nicht. (Die Form des § 311 gilt nicht für Vorverträge im speziellen Sinn.) Der Vorvertrag bedarf also grundsätzlich nicht der Form.

In starrer Verfolgung dieses Grundsatzes ergibt sich durch den formlosen Vorvertrag für den Verpflichteten die Verpflichtung den jeweils bestimmten Hauptvertrag abzuschließen, gleichgültig ob dieser Konsensualvertrag, Realvertrag oder formeller Vertrag ist. Beim formbedingten Hauptvertrage

[1]) Siehe Dernburg bürgl. Recht Band 2, Seite 183; Preuss. Priv. Recht Band 2, § 43; Band 2, § 10; Staub Kommentar zum HGB. § 350 Anm. 41, Thöl Seite 782; Göppert Seite 414; Endemann Lehrbuch des bürgl. Rechts Band 1, Seite 455 ff.; Stintzing Seite 20, 45; Planck Kommentar Band 1, Seite 319; Ennecerus Lehrbuch Band 1, § 153, Anm. 4; Windscheid-Kipp a. a. O.; Rehbein a. a. O. Band 1, Seite 207; Stobbe-Lehmann a. a. O. Band 3, § 656; Cosack a. a. O. Band 1, Seite 340; Oertmann a. a. O. Band 2, Seite 292. Weiterhin RG. E. Band 14, Seite 93; 16, 158; 43, 139; 48, 133; 50, 77; 53, 236; 257; 54, 147; 57, 61; 72, 385; J.W. 1901 Seite 383; 1902 Seite 611; 1904 Seite 451, Nr. 7; 1905 Seite 126; 1906 Seite 14, Nr. 11; „Im Recht": OLG. Kolmar 1906 Seite 116, OLG. Frankfurt 1903 Nr. 1224, RG. 1907 Seite 1313; ROHG. Band 23, Seite 291.

führt aber die Formlosigkeit des Vorvertrages zu Konsequenzen, die nicht im Sinne des Gesetzes liegen können. Die Form ist in manchen Fällen nur vorgeschrieben, um eine Uebereilung zu verhüten. Nach dem Gesetz soll der Parteiwille frei, d. h., nicht gebunden sein, bis neben dem Konsens der Formvorschrift Genüge getan ist. Wenn aber aus dem Vorvertrage auf Abschluß des formellen Hauptvertrages geklagt werden kann, der Hauptvertrag also von vorneherein eingegangen werden muß, so ist der Zweck des Gesetzes vereitelt. Mit Hilfe des Vorvertrages könnte damit das Gesetz umgangen werden.

Die Frage ist daher die, wann ist der Zweck des Gesetzes Verhütung der Uebereilung? Wenn das Gesetz eine Form vorschreibt, so hat es nicht immer den Zweck im Auge, den Parteien den Abschluß des Vertrages und die Bedeutung desselben deutlich vor Augen zu führen. Es sind zuerst die Verträge hinsichtlich der Form zu unterscheiden, wie schon oben angeführt, ob die Urkunde notwendiger Träger des Rechts ist oder nicht. Bei den Scripturobligationen kommt der Gesichtspunkt des Schutzes vor Uebereilung gar nicht in Betracht, da die Verpflichtung aus einer Scripturobligation vor Errichtung der Urkunde überhaupt nicht zustande kommt. Hier eine Form für den Vorvertrag vorschreiben zu wollen (soweit der Vorvertrag überhaupt möglich ist, siehe oben!) dazu ist kein Grund vorhanden. Er ist formlos gültig. Anders ist es, wenn die Urkunde nicht notwendiger Träger des Rechts ist. Hierauf sind vor allem die Formvorschriften des BGB. abgestellt. Hier hat die Formvorschrift neben anderem den Zweck, die Parteien auf die Bedeutung des Vertragsabschlusses hinzuweisen, ihre Verpflichtung vor Erfüllung der Form nicht entstehen zu lassen, sie vor Uebereilung zu hüten (vergleiche Motive). Immer ist das nicht der Fall. Beim Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr ist der Zweck der Schriftlichkeit, dem etwaigen Grundstückseigentümer die Möglichkeit zu geben, sich über den Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Verpflichtungen zu orientieren. (Siehe Protokolle Band 2, Seite 147 ff.. 178 und Denkschrift zum BGB. Seite 638.) Damit fällt aber der Grund für die Schriftlichkeit des Vorvertrages hiezu weg. Der Zweck der Schriftlichkeit des Schuldversprechens oder -anerkenntnisses (§§ 780, 781 BGB.) ist ebenfalls nicht Schutz vor Uebereilung, sondern Schaffung eines abstrakten Vertrages. Nach Enneccerus Lehrbuch Band 1, § 153 Anm. 16 ist der formlose causale Vorvertrag über Geben eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses gültig. Nach unserer Anschauung ist aber der Vorvertrag vor einem abstrakten Hauptvertrag ebenfalls abstrakt. Infolgedessen ist nach § 780 auch der Vorvertrag formbedürftig.

Biermann Kommentar Band 1, § 64, 7 unterscheidet, ob die Formvorschrift zum Zwecke der Erschwerung des Rechtsgeschäftes oder zu anderen Zwecken getroffen ist und verlangt nur für den ersteren Fall für den Vorvertrag die Form. Nach Enneccerus (am eben angegebenen Ort) kommt es darauf an, ob das Recht ohne die Form die Willensgebundenheit des fraglichen Inhalts überhaupt nicht will oder ob nur die durch den Hauptvertrag bezweckte besondere Gestaltung der beabsichtigten Rechtswirkung von der Form abhängig ist. Die Zugrundelegung dieser Entscheidungsnorm erleichtert aber nicht die Entscheidung, ob die Form des Hauptvertrages auch für den Vorvertrag nötig ist. Sichergehende Unterscheidungsmöglichkeiten lassen sich auf diesem Wege nicht finden. Die Frage nach dem Zweck der Formvorschrift gehört zur Gesetzesauslegung. Die Motive und gesetzgeberischen Erwägungen sind in jedem Falle heranzuziehen. Die Verkehrsanschauung ist als noch weniger geeignet zur Entscheidung abzulehnen. Da diese Frage der Form eine Interpretationsfrage ist, müssen wir uns mit diesen Bestimmungsmöglichkeiten begnügen. Die zahlreichen Reichsgerichtsentscheidungen, die sich meist in der gleichen Richtung bewegen, ermöglichen die Entscheidung. Zuzugeben ist, daß diese Unterscheidung, wann ein Vorvertrag der Form bedarf oder nicht, von einem Laien schwer erkannt wird.

Es gilt also der Satz mit den oben genannten Ausnahmen, daß der Vorvertrag derselben Form bedarf, wie sie das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibt. Dies gilt auch beim Vorvertrag zu § 15 G. m. b. H. Ges [1]), auch zum Jagdpachtvorvertrag nach Preuss. Recht, Entscheidung 112, Seite 199 des RG. Diese Formbedingung gilt sowohl für einfache Schriftform wie für gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Verlangt das Gesetz die Form nicht für den ganzen Vertrag, sondern nur für die Erklärung eines Kontrahenten, so gilt natürlich auch in Ansehung des Vorvertrages das Formerfordernis nur in diesem Umfang. (§ 761 BGB. Leibrentenversprechen, § 766 BGB. Bürgschaftsversprechen.)

Wie oben dargelegt, ist ein Vorvertrag vor einem dinglichen Vertrag unmöglich. Es ist daher nicht die Frage zu erwägen, ob der Vorvertrag die Form des § 873 Absatz 2 BGB. haben muß. Diese Frage wird aber unbegründeterweise beim Vorvertrag behandelt. Es sei kurz bemerkt, daß ein der Einigung vorhergehender Vertrag nicht der Form des § 873 Absatz 2 bedarf, da diese Vorschrift überhaupt keine Formvorschrift im Sinne des § 125 BGB. ist, sondern nur

[1]) Vergleiche auch RGE. 106, 176.

die Gebundenheit an die Einigung bezwecken soll. (Siehe RGR. Kommentar Band 3, Seite 52.)

Diese Betrachtungen gelten nur den Formerfordernissen, die das Gesetz vorschreibt. Bestimmen die Parteien ein Erfordernis der Form für den Hauptvertrag — nur im Zweifel tritt beim Mangel der Form Nichtigkeit ein § 125 Absatz 2 BGB. — so ist für den Vorvertrag das Formerfordernis ebenfalls ausdrücklich zu bestimmen. Der Vorvertrag muß nicht von selbst die Form des Hauptvertrages haben, da es den Parteien freisteht, schriftlich oder mündlich Verträge zu schließen und ein mündlich geschlossener Vertrag wirksam ist. Eine Verhinderung der Uebereilung hat das Gesetz bei allen anderen nicht formbedürftigen Verträgen nicht im Auge. Planck allerdings (Band 1,1 zu § 125, Seite 319) läßt es eine Frage der Auslegung sein, ob bei vertragsmäßig festgesetzter Form die Form auch für den Vorvertrag erforderlich ist. (Siehe dazu OLG. Hamburg in Seuffert Arch. Band 51, Seite 175. Siehe auch Seuffert Arch. Band 59, Seite 131.)

2. Abtretbarkeit und Vererblichkeit des Anspruches aus dem Vorvertrag.

Die Frage der Uebertragbarkeit und damit auch der Vererblichkeit wird wie anderes nicht übereinstimmend beantwortet. Thöl will von Fall zu Fall entscheiden, Regelsberger bejaht die Abtretbarkeit, wenn der aus dem Vorvertrag Berechtigte keine Verpflichtung im Hauptvertrag zu übernehmen hätte, Göppert und Attenhofer verneinen sie wegen der engen Verknüpfung der Vorvertragsansprüche mit der Person des Berechtigten oder Verpflichteten. Dagegen allerdings wieder Adler Seite 363 und Bechmann Seite 275. [1]) Diese Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Grundsätzlich kann nach § 398 BGB. jede Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden, nach § 399 BGB. dann aber nicht, wenn die Leistung durch die Abtretung eine Veränderung ihres Inhalts erfährt. So klärt sich die Frage dahin: Aendert sich bei der Abtretung der Inhalt der Leistung, dann ist die Forderung aus dem Vorvertrage nicht abtretbar, ist das nicht der Fall, so ist sie abtretbar. Das ist aber von Fall zu Fall zu entscheiden. Ist daher der Vorvertrag mit Rücksicht auf das Vorliegen besonderer persönlicher Verhältnisse geschlossen worden, so ist die Forderung

[1]) Vergleiche auch Degenkolb a. a. O. Seite 78, Endemann Handbuch Band 2, Seite 418; Staudinger, Kommentar Einleitung vor § 145 und Band 2 bei § 610, Seite 678.

hieraus nicht abtretbar, mag auch die Forderung aus dem Hauptvertrag, dessen Abschluß versprochen wurde, im allgemeinen abtretbar sein. Nun haben aber manche Hauptverträge diese Eigenschaft der Unabtretbarkeit an sich. Hier muß nun als logische Folge angenommen werden, daß die Unabtretbarkeit des Hauptvertrages sich auf den Vorvertrag dahin auswirkt, daß auch die Forderung aus dem Vorvertrage aus diesem Grunde unabtretbar ist. Wir haben also hier wieder eine Einwirkung des Hauptvertrages auf den Vorvertrag, die in der sehr engen Verbindung des Hauptvertrages mit dem Vorvertrage ihre Erklärung findet. Dies nimmt auch Riezler (in Staudinger's Kommentar Anm. zu § 145 BGB.) an — allerdings für die Frage der Vererblichkeit, die aber mit der Abtretbarkeit auf das engste zusammenhängt — der erklärt, daß es für die Frage der Vererblichkeit darauf ankommt, ob das durch den Hauptvertrag zu schaffende Verpflichtungsverhältnis selbst vererblich ist oder nicht. Nach unserer Ansicht ist das Einwirken des Hauptvertrag prinzipiell nur dann der Fall, wenn das Verpflichtungsverhältnis des Hauptvertrages unabtretbar ist, während bei Abtretbarkeit des Verhältnisses aus dem Hauptvertrage das Verpflichtungsverhältnis aus dem Vorvertrag entscheidet, ob es abtretbar ist oder nicht. Beispiel: A hat sich dem B verpflichtet und zwar, weil es eben der B ist, seinen Hund später einmal an einem bestimmten Zeitpunkt an ihn zu verkaufen. An und für sich ist es ihm gleich, an wen er später seinen Hund verkauft. Dem B hat er sich also durch den Vorvertrag besonders gebunden nicht an andere zu verkaufen. Einen C, dem der B diese Forderung aus dem Vorvertrag abtreten würde, würde er diese Leistungsbereitschaft nicht entgegenbringen, sondern dem ersten besten verkaufen. Daraus ist zu ersehen, daß gerade für den Vorvertrag die Persönlichkeit des B den Ausschlag gibt, während die Forderung aus dem Kaufvertrag als Hauptvertrag an und für sich abtretbar ist. Die Forderung aus dem Vorvertrag ist dennoch nicht abtretbar. Ist allerdings ein bestimmter Zeitpunkt nicht vereinbart, an dem der Kauf abgeschlossen werden soll, so wird der Verkäufer nichts dagegen haben, wenn an den C die Forderung aus dem Vorvertrag abgetreten wird. Daraus ist ersichtlich, daß dieser Fall nicht allzu häufig ist und daß es fast immer die Regel bildet, daß der Hauptvertrag, den abzuschließen im Vorvertrag versprochen wird, mit seinen besonderen Verhältnissen es bewirkt, ob der Anspruch aus dem Vorvertrag abtretbar ist oder nicht. Nach § 399 2. Halbsatz BGB. kann im übrigen die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.

Abwegig ist die Behauptung von Tobias (a. a. O. Seite 74

ff.), daß der Anspruch auf die Leistung aus dem Vorvertrag für sich nicht übertragbar ist; es müßten die aus dem Hauptvertrag sich ergebenden Forderungen auch mit übertragen werden. Künftige Forderungen seien abtretbar. Es ist aber kein Grund vorhanden, bei der Abtretung des Anspruches aus dem Vorvertrag auch der Abtretung der künftigen Forderungen aus dem Hauptvertrag Erwähnung zu tun. Wird der Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages abgetreten, so entstehen bei Abschluß des Hauptvertrages nur zwischen Verpflichtetem und dem, der den Anspruch abgetreten erhalten hat, Verpflichtungen und Ansprüche. Diese entstehen von selbst zwischen den neuen Parteien und es bedarf keiner besonderen Abtretung dieser entstehenden Ansprüche. Werden nur die Ansprüche aus dem künftigen Hauptvertrage abgetreten, so wird der Hauptvertrag keineswegs zu einem Vertrage zu gunsten eines Dritten. Der Hauptvertrag wird zwischen den aus dem Vorvertrag verpflichteten Parteien abgeschlossen und nicht aus diesem Hauptvertrag ergeben sich die Ansprüche des Dritten. Diese haben ihre Quelle in dem Abtretungsvertrag zwischen Cedenten und Cessionar.

Für die Vererblichkeit des Anspruches aus dem Vorvertrage sind die gleichen Gesichtspunkte maßgebend. Auch hier ist es von Bedeutung, ob für die rechtlichen Beziehungen, die durch den Hauptvertrag begründet werden sollen, die Persönlichkeit der verpflichteten Partei erheblich ist. Es liegt schon im Wesen des Erbrechts, daß hier die Persönlichkeit betont wird und vom Erblasser auf die Erben nur solche Rechte übergehen können, bei denen die Persönlichkeit des Erblassers nicht von ausschlaggebender Bedeutung für die Verbindlichkeit ist. Nach § 1922 Absatz 1 BGB. geht mit dem Tod einer Person deren Vermögen als ganzes auf die Erben über, sohin auch eine Forderung aus dem Vorvertrag. Wie eine Forderung aus obigen Gründen unabtretbar ist, so ist sie auch unvererblich. Die Entscheidung muß von Fall zu Fall gefunden werden.

3. Pfändbarkeit des Anspruches aus dem Vorvertrag. Sein Schicksal im Konkurs nebst Anfechtung.

Eng mit der Uebertragbarkeit der Ansprüche hängt die Pfändbarkeit zusammen. Ist doch eine Forderung gemäß § 851 ZPO. nur insoweit pfändbar, als sie übertragbar ist. Für die Frage nach der Uebertragbarkeit aber greifen die obigen Erkenntnisse ein. Der Gefahr, daß durch vertragsmäßigen

Ausschluß der Abtretbarkeit die Forderung dem Zugriff der Gläubiger entzogen wird, beugt das Gesetz vor durch § 851 Absatz 2, indem allgemein eine nach § 399 abtretbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Der geschuldete Gegenstand beim Vorvertrag ist aber die Leistung eines anderen Vertrages durch entsprechendes Mitwirken dabei. Dieses entsprechende Mitwirken bei der Schließung des zukünftigen Vertrages kann aber nicht zur Einziehung überwiesen werden. Es entsteht hier die Schwierigkeit bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung aus der Pfändung überhaupt. Ein anderer kann nicht den Vorverpflichteten zu einem neuen Vertrage verpflichten. Wenn sich der Pfandschuldner weigert, den Hauptvertrag einzugehen, so kann diese Schwierigkeit höchstens mit Hilfe des § 844 ZPO. beseitigt werden. Daß § 844 hier Anwendung finden kann, ist nicht zu bezweifeln. (Siehe auch Jäger KO. 5. Auflage § 13 Anm. 5.) Ob aber dadurch der erstrebte Erfolg erreicht werden kann, muß sehr bezweifelt werden. Diese, wie schon erwähnt, überhaupt bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung aus der Pfändung einer Forderung aus dem Vorvertrag entstehende Schwierigkeit kann dann rückwirkend ergeben, daß diese Forderungen aus dem Vorvertrag, wenn sie nach § 399 nicht übertragbar sind, nicht gepfändet werden können.

Daneben sind kraft gesetzlicher Vorschriften verschiedene Forderungen nicht pfändbar, z. B. nach § 850, 852, 859 etc. ZPO., so daß hier analog wie bei der Abtretbarkeit die Vorverpflichtung zu diesem Hauptvertrag ebenfalls nicht pfändbar ist.

Diese gewonnenen Ergebnisse sind nun beim Konkurs wiederum zu verwerten. Das Konkursverfahren umfaßt das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, KO. § 1. Was zur Konkursmasse gehört, führt § 1 und 2 KO. näher auf. Soweit diese Vorschriften nicht ausreichen, ist auf § 1 KO. zurückzugreifen und klar zu legen, was einer Zwangsvollstreckung unterliegt. Einer Zwangsvollstreckung unterliegen aber nur die Forderungen, die der Pfändung unterworfen sind. (Siehe Bleyer KO. 3. Auflage zu § 1, Seite 8, Jäger KO. 5. Auflage § 1 Anm. 18.) Damit ist auf die Ausführungen über die Pfändung zu verweisen. Die Forderungen aus dem Vorvertrage können darnach in die Konkursmasse fallen oder nicht. Fallen die Forderungen aus dem Vorvertrag in die Konkursmasse, so ist zunächst grundsätzlich weiter zu scheiden in: Forderung an die Konkursmasse und Aktivforderung der Konkursmasse.

Bilden die beiden Forderungen, wenn sie gemeinschaftlich vorliegen ein synallagmatisches Rechtsverhältnis, so haben wir den gegenseitigen Vertrag.

Fällt ein gegenseitiger Vorvertrag in die Konkursmasse, dann ist mit Hilfe des Gesetzes leicht zu entscheiden. Der Konkursverwalter tritt an die Stelle des Gemeinschuldners, der sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht an den Konkursverwalter abgeben muß. § 6 KO. Nach § 17 Absatz 1 KO. kann der Konkursverwalter an stelle des Gemeinschuldners, wenn ein zweiseitiger (zweiseitig ist soviel wie gegenseitig, siehe Jäger KO. § 17 Anm. 1) Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldners und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen. Der Vorvertrag kann also erfüllt werden oder nicht.

Beim einseitig oder unvollkommen zweiseitigen Vorvertrag, bei dem eine in die Konkursmasse fallende Forderung des Konkursschuldners besteht, übt der Konkursverwalter in gesetzlicher Vertretung des Konkursschuldners das diesem bei Eröffnung des Konkurses zustehende Forderungsrecht für die Maße aus Ob er davon Gebrauch machen will, steht in seinem pflichtgemäßen Belieben.

Besteht bei Konkursbeginn eine Forderung aus einseitigem Vorvertrag an den Konkursschuldner, so kann diese lediglich als (fällige, wenn sie betagt war) Konkursforderung geltend gemacht werden, nicht als Masseschuldanspruch. Das bedeutet aber, daß nicht Mitwirken beim Abschluß des Hauptvertrages verlangt werden kann; denn der Konkurs bietet nur eine Befriedigung in Geld. Darum muß, wer als Konkursgläubiger am Verfahren teilnehmen will, sein Anspruch auf einen bestimmten Geldbetrag in Reichswährung richten. § 69 KO. Die Forderung aus dem Vorvertrag objektiv in Geld abzuschätzen, ist unmöglich, da die Leistung als ein Tun sich ebenfalls nicht schätzen läßt. Es bleibt nur die Forderung an Schaden abzuschätzen, der durch die Unmöglichkeit der Leistung entsteht, also nach subjuktivem Dafürhalten des Anmeldenden. Denn der Schaden läßt sich nicht in Werte des zu leistenden Gegenstandes aus dem Hauptvertrag bestimmen, da ja der Hauptvertrag über diesen Gegenstand noch nicht abgeschlossen ist, sondern nach dem negativen Interesse, wenn der Schuldner gezwungen wurde anderseitig den Hauptvertrag abzuschließen und hiebei einen Schaden erlitten hat gegenüber dem vorteilhafteren Abschluß des durch den Vorvertrag gesicherten Hauptvertrages. Ob dies nach § 69 KO. angeht, da sie sich dann als Schadensersatzforderung qualifiziert, die nur in zweiter Linie nach Nichterfüllung der ver-

tragsgegenständigen Verpflichtung gefordert werden darf, ist fraglich. So kann in diesem Falle die Vorvertragsverpflichtung im Konkurse nicht erfüllt werden. Nach dem Prinzip der freien Nachforderung nach Konkursende z. B. kann der Anspruch aus der Vorvertragsverpflichtung nicht geltend gemacht werden, da sie ihre Eigenart durch die pflichtgemäße Umwandlung in eine Geldforderung, soweit dies überhaupt möglich ist, verloren hat. (Vergleiche § 164 KO.)

Der Gläubiger der Forderung aus dem Vorvertrag kann aber dem Konkurse fernbleiben und nach Konkursbeendigung seine Rechte unbeschränkt gegen den Schuldner verfolgen. (Siehe Jäger KO. § 3 Anm. 1.) Es kommt dann darauf an, ob die Eingehung des Hauptvertrages noch möglich ist und ob der Gläubiger dann überhaupt noch ein Interesse an der Geltendmachung der Forderung hat. Nach einem Zwangsvergleich muß allerdings dem Gläubiger auch das Recht die Forderung geltend zu machen abgesprochen werden, wenn auch seine Forderung durch die Konkurseröffnung nicht zu nichte gemacht wurde oder wenn er sich auch am Verfahren gar nicht beteiligt hat. (Siehe § 193 KO.)

Die Ausführungen Stintzing's über die Vorverpflichtung im Konkurs (Seite 41 ff.) entsprechend seiner besonderen Anschauung, sind nicht weiter anzuführen.

Dem Hinweis Stintzing's auf die Anfechtung innerhalb der Konkursordnung und nach dem Anfechtungsgesetz dagegen ist zu folgen. Die Uebernahme einer Vorverpflichtung durch den Vorvertrag, mag sie entgeltlich oder unentgeltlich sein, ist innerhalb und außerhalb des Konkurses (nach § 3, Absatz 1, Anf. G.) und nach § 30, Absatz 1, 1 und 31 Abs. 1 KO. anfechtbar, wenn dem anderen Teile die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen beim Abschluß bekannt war. Inwiefern durch die Geltendmachung der Vorvertragsforderung die Gläubiger des Konkursschuldners benachteiligt werden können, ist aus den obigen Ausführungen über den Konkurs zu ersehen. Ist der Vorvertrag nicht zu beanstanden, erfolgt aber seine Erfüllung nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Konkurses oder in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungstage, so ist der Abschluß des Hauptvertrages eine Befriedigung, zum mindesten eine Sicherung, die anfechtbar ist, wenn der Gläubiger sie nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte und ihm zur Zeit der Handlung die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, oder eine Absicht des Gemeinschuldners ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen bekannt war, KO. § 30 Absatz 2. Durch den Abschluß des Hauptvertrages allein,

wie er zu dieser Zeit beansprucht werden konnte, entsteht aber keine Rechtshandlung, die anfechtbar ist. Insoferne ist Stintzing zu widersprechen.

4. Aufrechenbarkeit, Verjährung und clausula rebus sic stantibus.

Die Frage der Aufrechenbarkeit wird bejaht, von der herrschenden Meinung aber verneint. Kaubes behauptet, daß in die Aufrechenbarkeit von Ansprüchen aus dem Vorvertrag niemand begründete Zweifel setzen könne, wenn er ihn als Vertrag anerkennt. Mit dieser Begründung ist noch nichts geklärt. Aufgerechnet kann nur werden mit gleichartigen Forderungen, d. h., der Leistungsgegenstand muß gleichartig sein. (§ 387 BGB.) Dieser Leistungsgegenstand ist aber beim Vorvertrag die Schließung eines neuen Vertrages. Dieser Leistungsgegenstand ist niemals einem anderen Leistungsgegenstand gleichartig. Die Aufrechenbarkeit ist im wesentlichen auf Geld und andere vertretbare Sachen beschränkt. (Vergleiche J. W. 1912, Seite 635 RG. E. über Klage auf Einwilligung und Auszahlung der Hinterlegungssumme.) Wenn sich auch jede Forderung sekundär in eine Schadensersatzforderung umsetzt und sofortige Feststellbarkeit der Gegenforderung nicht Voraussetzung der Aufrechnung ist, so ist doch nach dem Wortlaut des § 387 BGB. eine Aufrechnung mit einer aus Vorvertrag geschuldeten Leistung oder gegen eine solche Leistung nicht möglich, weil eben die Leistung aus Vorvertrag auf ein Tun, auf Abschluß des Hauptvertrages geht. Deshalb ist Aufrechenbarkeit von Ansprüchen aus dem Vorvertrag abzulehnen. Gegen den Anspruch auf Hingabe beim Darlehensversprechen z. B. findet daher keine Aufrechnung statt. (Siehe dazu R. G. E. Band 50, Seite 303 Enneccerus Lehrbuch Anm. 2 zu § 362.)

Weiterhin von Interesse ist, wann die Ansprüche aus dem Vorvertrag verjähren. Denn dem Verpflichteten soll nicht zugemutet werden, sich auf die Erörterung der Frage einzulassen, ob der Anspruch besteht, wenn der Anspruch längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht wird. Er kann die Leistung nach einer gewissen Zeit verweigern. Die Frist, nach der diese Verjährungseinrede eingewendet werden kann, beträgt 30 Jahre. Dies gilt auch für den Vorvertrag, nachdem er unter den kürzeren besonderen Verjährungsfristen nicht aufgezählt ist. Siehe § 194 ff. BGB. auch die sonst im Gesetz verstreuten kürzeren Verjährungsfristen betreffen den Vorvertrag nicht. Es ergibt sich so das Bild, daß die Ansprüche aus dem Vorvertrag in 30 Jahren verjähren, während gegen

die Ansprüche aus dem Hauptvertrag meist die kürzeren Verjährungsfristen eingewendet werden können. Die Verjährungsfristen des Hauptvertrages auf den Vorvertrag zu übertragen geht nicht an, da kein Grund hiefür ersichtlich ist. Der Vorvertrag ist wohl eng mit dem Hauptvertrag verknüpft, aber die Ansprüche des Hauptvertrages sind beim Vorvertrag noch nicht entstanden und können für den Vorvertrag nicht maßgebend sein. Der Vorvertrag in seiner Selbständigkeit kann nicht die Verjährungsfristen dem Hauptvertrag entnehmen.

Der beim einseitigen Vorvertrag Verpflichtete schließt diesen Vorvertrag vielleicht in vielen Fällen nur deshalb, weil er sich der stillschweigenden Erwartung hingibt, der Berechtigte werde den Hauptvertrag bald abschließen. (Siehe dazu Degenkolb a. a. O. Seite 47.) Der Einwand ist richtig, daß dem Vorvertrag ein zeitlicher Aufschub und auch eine zeitliche Begrenzung immanent sei. Es kann aber der 30jährigen Verjährungsfrist nur durch Nebenabrede über die Abkürzung der Verjährungsfrist (nach § 225 BGB.) entgegen gewirkt werden oder durch Festsetzung eines Zeitpunktes der Fälligkeit der Leistung aus dem Vorvertrag. (Vergleiche hiezu die gesetzliche Regelung im § 936 öster. BGB.)

Wenn nun Stintzing behauptet, die Vorverpflichtung habe in sich überhaupt keinen Endigungsgrund, so ergibt sich das aus seiner Ansicht über den Inhalt der Vorverpflichtung als einer Bereitschaftspflicht. Der Verpflichtete hat jedes Zuwiderhandeln dagegen zu unterlassen und die Verjährung beginnt mit der Zuwiderhandlung (§ 198 Absatz 2 BGB.) Nach Stintzing's Anschauung (Seite 40, 41) unterliegt auch nur der aus der Verletzung der Bereitschaftspflicht sich ergebende Anspruch der Verjährung.

Traut a. a. O. schreibt über dieses Problem beim Zeitpunkt der Leistung und kommt zu dem Ergebnis, daß § 271 Absatz 1 BGB. nicht anwendbar sei, wenn nichts bestimmt ist, wann zu leisten sei. Nach den Umständen, nach billigem Ermessen mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sei die Zeit der Leistung zu bestimmen, bei Fehlen solcher aber sei der ganze Vorvertrag wegen mangelnder Bestimmtheit und Bestimmbarkeit eines wesentlichen Punktes ungültig. Diesen Schluß zu ziehen ist nicht nötig. § 271 BGB. widerspricht nicht unserer Anschauung. Ist nach § 271 BGB. eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. Es ist von einem „kann" die Rede, nicht von einem „muß". Dieses „kann" ist aber an keine Zeit gebunden und hier greift eben die Zeit der Verjährung ein. Mit der Beendigung der Ver-

folgbarkeit des Anspruches aus dem Vorvertrage hängt eng zusammen die Anwendung der clausula rebus sic standibus.

Sie wird beim Vorvertrag viel geschmäht und von Stintzing geradezu als deus ex machina bezeichnet.

Dieses besonders im gemeinen Recht umstrittene Gebilde hat in seiner vollen Wirkung als Einrede das Ziel, den Anspruch hinfällig zu machen. Das BGB. hat dem Gedanken der Würdigung veränderter Umstände nur in beschränktem Maße Raum gegeben. In § 321 wird kein Rücktrittsrecht gegeben, sondern nur bezüglich der Vorleistungspflicht bestimmt, daß derjenige, der zur Vorleistung verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung verweigern kann, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet ist. Dies ist aber nur möglich, wenn nach Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, also nicht in den eigenen Vermögensverhältnissen und nur, wenn der Vertrag ein gegenseitiger ist. Diese Vorschrift über den gegenseitigen Vertrag im allgemeinen gilt natürlich auch für den gegenseitigen Vorvertrag. Die Anwendung ist nur dann möglich, wenn beim Vorvertrag ausdrücklich eine Verpflichtung zur Vorleistung übernommen, wenn z. B. einem der Verpflichteten die Parteirolle des Offerenten ausdrücklich auferlegt wurde. Denn der Abschluß des Hauptvertrages wird durch das Zusammenwirken beider Parteien Zug um Zug bewirkt und die Parteirollen sind im allgemeinen nicht festgelegt. Doch hat dies zunächst nur geringe Bedeutung, da der zur Vorleistung Verpflichtete dieser Vorleistungspflicht leicht genügen kann, da sie nur in dem zur Vertragstätigung erforderlichen Handeln besteht. In diesem Zeitpunkte treten erst die Zweifel auf. Ist in diesem Hauptvertrag dieselbe Partei wiederum zur Vorleistung verpflichtet, deren Gegenpartei in ihren Vermögensverhältnissen eine wesentliche Verschlechterung erfahren hat, so ist diese Verschlechterung nun vor Vertragsschluß des Hauptvertrages eingetreten, zu dem beide Parteien verpflichtet waren. Durch diese Verpflichtung zum Vertragschluß wird nun diese Schutzvorschrift der veränderten Vermögenslage hinfällig. Dies berührt auch Degenkolb (Seite 47) und weist darauf hin, daß in der älteren Praxis hier die clausula rebus sic stantibus ihre Stütze hatte und auch in § 936 öster. BGB. der Gesetzgeber hier regelnd eingegriffen hat. Dernburg (§ 93 Seite 111) läßt die clausula rebus sic stantibus zu, wenn sich infolge der neuen Umstände die Natur des Geschäftes derart ändert, daß ein Festhalten an demselben zur Ausbeutung führen würde. Stahl (Diss. Erlangen die cl. r. s. st. 1909, Seite 68, bei Oertmann zitiert) will die Klausel für alle Fälle als ver-

einbart unterstellen, wo durch Veränderung der Umstände eine Situation eingetreten ist, die das Wesen des Vertrages vereitelt oder gefährdet. Doch gehen diese Ansichten zu weit und sind zu ungenau gehalten. Wir dürfen nicht so ohne weiteres die clausula rebus sic stantibus zur Anwendung bringen, auf daß sie nicht wirklich wie ein deus ex machina aus den Kulissen erscheint. Göppert (Seite 428) schreibt mit Recht: „Mit jeder auf die Zukunft hinausgreifenden Bindung ist die Gefahr unzertrennlich, daß künftig sich die Umstände derart verändern, daß man Ursache erhält, den früheren Beschluß zu bereuen; es liegt im Wesen der Gebundenheit, daß diese Reue uns kein Recht zum Zurücktreten gewährt, wenn wir es uns nicht wirklich und wahrhaftig ausbedungen haben". So wie Traut die Sache gegenüberstellt, ist es doch nicht: „Hier ist denkbar, daß man zu dem Ergebnis kommt, es könnte jemand gezwungen werden, den Hauptvertrag zu schließen, obwohl er nachher gemäß § 321 die Leistung verweigern kann". Er übersieht, daß das Recht aus § 321 nur gewährt wird, wenn nach Abschluß des Vertrages die wesentliche Aenderung in den Verhältnissen der Gegenseite eingetreten ist. Man müßte höchstens die Gebundenheit aus dem Hauptvertrag in dem Falle des Vorvertrages schon mit Abschluß des Vorvertrages annehmen, um zu dem Ergebnis gelangen zu können, von dem Gegner auch nach Abschluß des Hauptvertrages Vorleistung der verpflichteten Leistung aus dem Hauptvertrage zu erlangen. Muß die Vorleistungspflicht im Hauptvertrage nicht wieder ausdrücklich bestimmt sein? Den Begriff von Treu und Glauben wollen wir beiseite lassen und nicht daraus entscheiden; denn es ist oft schwer den Begriff Treu und Glauben als letztes Zufluchtsmittel gerecht anzuwenden, abgesehen von augenfälligen Verstößen gegen Treu und Glauben und guter Sitte, wobei aber auch andere Vorschriften zur Anwendung kommen könnten. Es ist kein gesetzlicher Grund vorhanden, in diesem zur Entscheidung stehenden Fall die clausula rebus sic stantibus oder besser das Recht aus § 321 zu geben, wenn auch anerkannt werden muß, daß die Ansicht des Gesetzgebers bei Schaffung des § 321 dahin ging, auch nach Abschluß des Vertrages Veränderungen und Verschlechterungen Rechnung tragen zu können. Sicherung gewährt eine Vereinbarung der clausula rebus sic stantibus mit Widerrufs- oder Rücktrittsrecht.

In § 610 BGB. hat der Gesetzgeber für das pactum de mutuo dando ausdrücklich die clausula rebus sic stantibus geregelt. § 610 lautet: „Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesent-

liche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird". Bedeutet der § 610 auch nur eine teilweise Anerkennung der Klausel, indem eine die Hingabe für ihn nachteilig machende Beeinträchtigung der eigenen Verhältnisse des Versprechenden nicht in Frage kommt, so geht diese Vorschrift doch weiter wie die des § 321. Sie gewährt hier — „im Zweifel" — ein Widerrufsrecht, während dort nur die Vorleistungspflicht modifiziert wird. Dieses Widerrufsrecht ist nicht als Rücktrittsrecht anzusehen, da es ex nunc wirkt und die einmal eingetretenen Wirkungen insbesonders aus Verzug unberührt bleiben. Nach Hingabe des Darlehens ist der Widerruf ausgeschlossen.

Ist hier im § 610 die clausula rebus sic stantibus besonders für den Vorvertrag zur Anwendung bestimmt worden, so ist daraus gleichfalls nicht die allgemeine Anwendbarkeit der clausula rebus sic stantibus auf alle Vorverträge gegeben. Sie kann ausdrücklich vereinbart oder stillschweigend unterstellt werden. (Siehe RG. v. 6. 11. 1902, D. J. Z. 03, 280, auch Staudinger Kommentar bei § 610, Band 2, Seite 679.) Die clausula rebus sic stantibus ist nur für den einzigen einseitigen Vorvertrag des Darlehenshingabeversprechens geregelt. Neben § 610 kann § 321 nicht zur Anwendung kommen. Da in § 610 nur ein einziger Fall geregelt ist, so ist anzunehmen und dieser Schluß ist zwingend und anerkannt, daß für andere einseitige noch weniger zweiseitige Vorverträge die clausula rebus sic stantibus nicht gilt mangels allgemeiner Regelung. Eine Anwendung auf zweiseitige Vorverträge scheidet schon auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 321 aus. So ist die Anwendung der clausula rebus sic stantibus bei den Vorverträgen sehr beschränkt.

VI. Teil.

Die Verfolgbarkeit des Anspruches aus dem Vorvertrage.

1. Worauf geht der Anspruch?

Stintzing behauptet in seiner Abhandlung über die Vorverpflichtung, wie schon des öfteren erwähnt, daß die Leistung aus der Vorverpflichtung nicht im Abschluß des Hauptvertrages bestehe, sondern in der Leistungsbereitschaft aus dem Hauptvertrage, daß sich der Schuldner bereit und fähig erhalte das zu leisten, was nach dem sog. Hauptvertrag zu leisten ist. (Seite 25.) Er verweist hierbei auch auf Kohler, Archiv für bürgl. Recht Band 2, Seite 216. Diese Annahme Stintzing's entspricht nicht den Tatsachen. Es ist selbstverständlich, daß der Schuldner sich bereit halten muß, nach seiner Verpflichtung zu leisten. Das liegt in jedem Vertrag und bedeutet überhaupt das Wesen des Vertrages und der Vertragstreue. Wozu sich aber der Schuldner aus dem Vorvertrage verpflichtet, das ist der Abschluß des neuen Hauptvertrages, nicht die Leistung aus dem Hauptvertrag bereit zu halten. Hat sich der Schuldner im Vorvertrag verpflichtet, einen neuen Vertrag einzugehen, so liegt es in seiner Verpflichtung auch die Leistung aus dem Hauptvertrage bereit zu halten, damit er seine Leistung erbringen, nämlich den Vertrag darüber abschließen kann. Das liegt in der Eigenart der Leistung einen Vertrag abzuschließen. Der Hauptvertrag muß auf einen leistungsmöglichen Gegenstand gehen, damit er überhaupt gültig und nicht nichtig ist nach § 306 BGB. Dies zu ermöglichen, gehört zur Sorgfaltspflicht des Schuldners, wie weiter oben schon einmal erwähnt. Aber das Schwergewicht des Vorvertrages darauf abzustellen, geht nicht, ebensowenig wie bei anderen Verträgen. Die Leistung aus dem Vorvertrag ist nicht die Leistungsbereitschaft aus dem Hauptvertrag, sondern Abschluß des Hauptvertrages.

Der Schuldner aus dem Vorvertrag handelt ja in seinem eigenen Interesse, wenn er Vertragstreue wahrt. Vernichtet

er den Gegenstand, der aus dem Hauptvertrag zu leisten ist, oder macht er die Leistung aus dem Hauptvertrag aus eigenem Verschulden unmöglich, dann kann ein Vertrag über den vernichteten Gegenstand, wenn er der Gattung nach überhaupt nicht mehr zu leisten ist (vergleiche § 279 BGB.) nicht abgeschlossen werden, da der Hauptvertrag auf eine unmögliche Leistung gehen würde und damit nichtig wäre. Damit kann er die Leistung aus dem Vorvertrage nicht erbringen. Soweit aber die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen. (§ 280 entsprechend § 325 BGB.) Dann wird die Leistungspflicht zur Schadenersatzpflicht. Deswegen begründet der Vorvertrag dennoch eine wahre Verpflichtung und er ist nicht lediglich Garantie oder Zusicherung der Schadlosigkeit. Diese Pflicht zum Ersatz des Schadens entsteht ja nicht nur beim Vorvertrag, sondern bei jedem Vertrag, der dennoch eine wahre Verpflichtung ist und in erster Linie Leistung bezweckt.

Die Leistung aus dem Vorvertrag ist Mitwirkung zum Abschluß des Hauptvertrages. Darauf geht der Anspruch. In jenes von Stintzing gezeigtes Extrem der Schadloshaltung sind auch einige Gelehrte gefallen. Regelsberger (Seite 131) und Dernburg (Pandekten § 10 [1]) lassen den Anspruch auch unmittelbar auf Leistung des Interesses gehen. Für diese Ansicht ist keinerlei gesetzlicher Anhaltspunkt vorhanden. Die Verpflichtung geht auf Leistung des Versprochenen und erst dann auf Schadensersatz gemäß § 280 ff. BGB. Die Konstruktion einer rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung wie im gemeinen Recht ist außerdem in unserem heutigen Recht ausgeschlossen.

2. Worauf geht die Klage?

Durch diese Behauptung, der Anspruch aus dem Vorvertrag gehe auf Mitwirken beim Abschluß des Hauptvertrages, wird aber einer weiteren Folge der Ansicht Stintzing's entgegen getreten. Stintzing schreibt: „Von Anfang an besteht die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft und dieselbe ver-

[1]) § 10: „Aus dem pactum de contrahendo entspringt eine Klage auf Abschluß des Hauptgeschäftes. Aber der Berechtigte kann im Falle der Säumnis des anderen Teiles auch unmittelbar sein Interesse einklagen, da ein vom Gericht festgestellter Vertrag nicht einem freiwillig geschlossenem gleichzustellen ist, vielmehr leicht neuen Streitigkeiten die Türe öffnet. Daher . . . diese Verurteilung das Praktische und Angemessene und dem Kläger auf Antrag nicht zu versagen ist".

wandelt sich auf Anfordern des Berechtigten in eine Erfüllungspflicht. Die ganze Verpflichtung ist eine einheitliche mit zwei Stadien aber nicht eine Mehrheit von selbständigen Schuldverhältnissen". Riezler in Staudinger's Kommentar führt diese Ansicht weiter aus: „Da der Berechtigte die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft, welche dem Vorverpflichteten obliegt, durch sein einfaches Verlangen, sofern nicht Bedingungen oder Zeitbestimmungen mitspielen, in eine Leistungspflicht verwandeln kann, kann er, wenn er dieses Verlangen regelmäßig fruchtlos gestellt hat, auf Leistung (aus dem Hauptvertrag!) klagen und braucht nicht erst auf „Vertragsschluß" zu klagen". Damit wird die Selbständigkeit des Vorvertrages überhaupt wieder verneint. Bejaht man aber diese Selbständigkeit, so ist es unmöglich, aus einer Verpflichtung, einen Vertrag abzuschließen, gleich auf Leistung aus diesem Vertrage zu klagen. Der Anspruch und damit die Klage geht immer auf Mitwirken zum Abschluß des Hauptvertrages, unter Umständen auf Schadensersatz, aber niemals bei vergeblichem Anfordern auf Leistung aus dem Hauptvertrage.

Stintzing und Riezler bringen einen alten Vorwurf wieder in neuer und anderer Form. Vor allem Schloßmann hat sich an der Unzweckmäßigkeit zweier Klagen gestoßen und ist aus diesem Grunde „des Umwegs", den das Recht niemals einschlägt und dessen Einschlagung das Recht nicht dulden kann, zur Ablehnung des Vorvertrages gekommen und zwar zu einer unzweideutigen Ablehnung von Anfang an. Man konnte nicht einsehen, daß das Recht es zulassen könne, zu einem Rechtserfolg zwei Klagen nötig werden zu lassen. Eine einzige Klage müsse das erreichen können. „Warum muß die Rechtsprechung zweimal tätig werden und offensichtlich unnötig?" Diesem Gedanken zuliebe kam man zu Schlüssen, wie wir sie zum Teil oben sahen. Da aber ein Vorvertrag möglich ist nach unserer Abhandlung und da der Anspruch aus dem Vorvertrag auf Mitwirken zum Abschluß des Hauptvertrages geht [1]) und nichts anderes versprochen wird, so ist als logische Folge die Klage auf diesen Abschluß des Hauptvertrages zu richten und, wenn dann der Schuldner hartnäckig auch die Leistung aus dem Hauptvertrag verweigert, weitere Klage auf Leistung aus dem Hauptvertrage zu stellen. Meist wird der Verurteilte freiwillig den Hauptvertrag erfüllen, da er bei einer weiteren Verurteilung, die er nach dem Ausgang der ersten Klage unzweifelhaft zu erwarten hat, nur weitere Kosten zu tragen hat. Ob überhaupt der Gläubiger eine oder

[1]) So auch Degenkolb Seite 41, Göppert Seite 410, Windscheid § 310, Endemann Seite 455 ff.

zwei Klagen erheben will, wird oft auch von der Zweckmäßigkeit und Aussicht auf Erreichung des Erfolges abhängen.

Dieses Ergebnis, daß zwei Klagen nötig sind, um zum Enderfolg nämlich zur Leistung aus dem Hauptvertrag vorzudringen, versucht man immer wieder zu beseitigen. Man verweist (so Nelte a. a. O. Seite 22, 23) auf die Aehnlichkeit, die die Wandlung beim Kauf bietet. Der Verkäufer muß einwilligen in die Wandlung und nur durch übereinstimmenden Konsens kommt die Wandlung zustande. Man verweist auf § 465 BGB. und erklärt, die Wandlung sei ein Vertrag. Erst wenn die Wandlung übereinstimmend geschlossen sei, könne Rückgewähr der Vertragsgegenstände verlangt werden. Es seien dadurch zwei Klagen nötig, um zu diesem Endziele zu kommen. Man brauche aber nicht zwei Prozesse zu führen, sondern die Klage auf Abschluß des Wandlungsvertrages und die Klage auf Erfüllung dieses Wandlungsvertrages, d. h., Rückgewähr der Kaufsgegenstände könnten verbunden werden. Genau so liege der Fall beim Vorvertrag und auch hier könnten die Klage auf Abschluß des Hauptvertrages und die Klage auf Leistung aus dem Hauptvertrage verbunden werden. „Es ist etwas ganz anderes, ob zwei eigentlich notwendig aufeinander folgende Klagen eben wegen der notwendigen Aufeinanderfolge kumuliert werden, um dem Gericht unnütze Umstände zu ersparen oder ob tatsächlich nur eine Klage aus einem Vertrag hervorgeht" wie Nelte sich ausläßt.

Dem ist entgegen zu halten, daß der Hinweis auf die Wandlung darunter leidet, daß eben die rechtliche Struktur der Wandlung äußerst umstritten ist. Die Vertragstheorie wird allmählich verdrängt durch die Herstellungstheorie. Siehe hierzu die neuen Auflagen von Staudinger's Kommentar, 9. Auflage zu § 462, 465; Plank's Kommentar, 4. Auflage zu § 462, 465. Auch das R. G., das früher im Sinne der Vertragstheorie entschieden (vergleiche 58, 423; 59, 67; 66, 73; 70, 198) nimmt jetzt eine vermittelnde Stellung ein. (Vergleiche E. 94, 331; J. W. 1913, Seite 736.) Wenn aber die Vertragstheorie abgelehnt wird, dann scheidet der Hinweis auf die Analogie der Wandlung zum Vorvertrag schon von vorneherein aus. Stellt man sich auf die Seite der Anhänger der Vertragstheorie, so ist noch lange nicht entschieden, ob die beiden Klagen auf Einwilligung zur Wandlung und Realisierung derselben verbunden werden können in einem Prozeß. Diese Klagen können aber weder logisch noch prozeßrechtlich zusammengehen nach Planck's Kommentar zu § 462 und Staudinger's Kommentar zu § 462 und dort zitierte. Dasselbe trifft auf den Vorvertrag zu. Das Urteil auf Abschluß des Hauptvertrages muß erst rechtskräftig werden, bevor die durch das Urteil erlangte

Willenserklärung nach § 894 ZPO. als abgeben gilt. Ist dann der Hauptvertrag dadurch erst zustande gekommen, was im folgenden noch des näheren zu untersuchen ist, so kann vorher niemals auf Leistung aus dem Hauptvertrag geklagt werden. Wenn auch die Klage auf Leistung aus dem Hauptvertrag als auf künftige Leistung gemäß § 259 ZPO. gerichtet wird und dann mit der Klage auf Abschluß dieses Hauptvertrages verbunden würde, so ist dies unmöglich, da ein Anspruch auf die Leistung aus dem Hauptvertrage vor Abschluß des Hauptvertrages überhaupt nicht besteht, also auch nicht im Wege der Klage nach § 259 ZPO. vor Abschluß des Hauptvertrages verfolgt werden kann. Nach § 259 ZPO. müßte auch die Besorgnis gerechtfertigt sein, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung (aus dem Hauptvertrag) entziehen werde. Dies liegt aber noch nicht darin, daß der Vertragsgegner sich auf Abschluß des Hauptvertrages verklagen läßt. Auch mit dem Anspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist hier nicht zu helfen, da eben erst die durch das Urteil erlangte Willenserklärung mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt und ein Anspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit nur im Kostenpunkt von Bedeutung ist. Auch auf die Modifizierung der Leistung aus dem Hauptvertrag kommt es bei der Möglichkeit einer sofortigen Klage auf Leistung aus dem Hauptvertrag an. Die beiden Klagen auf Abschluß des Hauptvertrages und auf Leistung aus dem Hauptvertrag können also nicht miteinander verbunden geltend gemacht werden.

3. Die Vollstreckung des Urteils.

Mit Stintzing (Seite 24) zu fragen, ob es genügt durch ein einfaches „Ja“ in den Hauptvertrag einzutreten, d. h., dadurch den Abschluß des Hauptvertrages herbeizuführen, ist nach der in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht nicht nötig; überdies ist diese Frage schon beantwortet. Nach der Verschiedenheit des Zustandekommens der Verträge ist die Tätigkeit der Vertragsgegner verschieden.

Ist der Hauptvertrag ein formloser Konsensualkontrakt, dann ist der Schuldner auf Abgabe der entsprechenden Willenserklärung zu verurteilen. Ist der Schuldner zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt, dann gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. § 894 ZPO. Der Hauptvertrag kommt aber durch die übereinstimmende Willenserklärung beider Vertragsteile zustande. Die Verurteilung schafft nur die Willenserklärung einer Partei. Hier liegt nach unbedenklicher Auslegung der Antrag des

Gläubigers, den Hauptvertrag schließen zu wollen, in der Klageerhebung, der Inhalt desselben aber ergibt sich aus dem Urteil.

Aus dem Urteilstenor muß diese Willenserklärung, die den Vertrag herbeiführen soll, genau ersichtlich sein. Interpretation aus Tatbestand und Gründen kann zur weiteren Klarheit der Vertragsverhältnisse selbstverständlich beitragen. Dies ist von besonderer Bedeutung. Kann doch der Hauptvertrag im Vorvertrag nicht genau bestimmt sein, da wir oben bei den Erfordernissen des Vorvertrages sahen, daß der Hauptvertrag nicht genau bestimmt zu sein braucht, daß er nur bestimmbar sein muß, unter Umständen mit richterlicher Hilfe. Im Urteilstenor ist in einem solchen Fall genaue Bestimmtheit erforderlich; denn wäre das nicht der Fall und würde der Tenor den Hauptvertrag nur so bezeichnen, wie er im Vorvertrag sich findet, dann hätte die abzugebende Willenserklärung keinen festbestimmten Inhalt, der durch Auslegung des Urteils ermittelt werden könnte. Dann könnte aber nicht die besondere Vorschrift des § 894 ZPO. Platz greifen, sondern die Zwangsvollstreckung wäre nach § 888 ZPO. zu verfolgen, da die Verpflichtung zu einem Vertragsabschluß keine vertretbare Handlung darstellt. (Vergl. Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. § 894.) Meinungsverschiedenheiten bei der nun genauen Bestimmung des Vertrages könnten nicht behoben werden durch Zwangsvollstreckung nach § 888; denn der Verurteilte wäre dann bereit, das Urteil zu erfüllen, und würde soweit keine Handhabe zur Zwangsvollstreckung bieten. Zu der Annahme des Vertrages in der bestrittenen genauen Bestimmung ist er nicht verurteilt und kann hiezu nicht gezwungen werden. Das Urteil wäre nicht vollstreckbar und der Kläger müßte auf Grundlage des ersten Urteils ein zweites erwirken auf Abgabe der festbestimmten Willenserklärung. Dann kann § 894 ZPO. zur Anwendung kommen. Um diese Folgen zu vermeiden, muß auch dann, wenn der Hauptvertrag aus dem Vorvertrag nur bestimmbar ist und nicht fest bestimmt, der Antrag auf einen fest bestimmten Urteilstenor gerichtet werden.

Geht der Vorvertrag auf Abschluß eines formbedürftigen Hauptvertrages, so ist wiederum zu unterscheiden, ob die Form nur wesentlich ist für das Zustandekommen des Vertrages, d. h. das Zustandekommen erschweren soll, oder ob die Form für den Vertrag selbst wesentlich ist, d. h. ob der Bestand des Vertrages mit dem Bestand der Forderung selbst zusammenfällt, wie zum Beispiel bei der Scripturobligation.

Ist die Urkunde bloß Trägerin der Willenserklärung, wie es meist bei den schriftlichen Verträgen des BGB. nach § 125

ff. BGB. der Fall ist, dann finden die vorgehenden Ausführungen Anwendung und die Willenserklärung ist abgegeben mit Rechtskraft des Urteils nach § 894 ZPO. Eine weitere Handlung ist nicht nötig; denn es ist gleichgültig, ob die Erklärung formlos oder in bestimmter Form abzugeben ist. Das Gesetz spricht von der Willenserklärung im allgemeinen und das rechtskräftige Urteil ersetzt jede beliebige materielle Form. (Siehe Stein-Jonas a.a.O. zu § 894, Baumbach a.a.O. zu § 894). Kraft der gesetzlichen Fiktion des § 894 ZPO. gilt, wie schon erwähnt, nur die Erklärung des verurteilten Schuldners als abgegeben, die des Gläubigers und Klägers muß wie sonst in der dafür vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form erfolgen. Bedarf der Hauptvertrag der gewöhnlichen Schriftform, dann gilt die Erklärung des Klägers mit Klageerhebung als abgegeben und die Schriftform findet im Urteil Ausdruck. Mit der Mitteilung des rechtskräftigen Urteils an den Kläger ist der Hauptvertrag als geschlossen anzusehen und zwar deshalb mit Mitteilung, da die Annahme eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die nach § 130 BGB. mit dem Zeitpunkt des Zugehens wirksam wird. (Vergl. Stein-Jonas a.a.O. § 894, Seite 859.) Ist der Hauptvertrag in der gerichtlichen oder notariellen Form abzuschließen, dann muß die Partei, welche eine Verurteilung der anderen Partei erwirkt hat, vor Gericht oder dem Notar erscheinen, ihrerseits den Vertragsschluß erklären und an Stelle der Zustimmung des Gegners das erwirkte rechtskräftige Urteil vorlegen. Mit der Beurkundung der Erklärung des Klägers ist der Vertrag geschlossen.

Ist dagegen die Form die unentbehrliche reale Grundlage des Vertrages, so kann diese Form nicht durch die gesetzliche Fiktion des § 894 ZPO. ersetzt werden. Die Ausstellnng der Scripturobligation ist nicht bloße Willenserklärung, sondern damit verbunden die Herstellung einer rechtlich wichtigen Sache, deren reales Vorhandensein unentbehrlich ist für weitere rechtliche Handlungen. In diesem Falle ist die die Erklärung des Vertragsabschlusses mitumfassende Ausstellung der Urkunde nur nach § 888 ZPO. zu erwirken.

Beim Vorvertrag zu einem Realvertrag ist die Klage auf Verurteilung zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung und zur Uebergabe der entsprechenden Sache zu richten. Für die beiderseitigen Willenserklärungen gilt dasselbe wie bei den Konsensualverträgen. Was die Sachleistung betrifft, so ist diese im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 883 ZPO. zu erwirken, indem die Sache dem Verurteilten durch den Vollstreckungsbeamten (Gerichtsvollzieher) weggenommen und dem Kläger übergeben wird. Dies trifft z. B. zu beim

Vorvertrag zum Darlehensvertrag, in welche nur der künftige Darleiher verpflichtet ist. Liegt nur eine rechtliche Bindung auf Seiten des Darlehensempfängers vor, so kann die Annahme der Sache nach § 887 ZPO. erzwungen werden. Ob der Kläger soweit gehen wird, ist zu bezweifeln; denn die Aufdrängung eines Darlehens an einen widerwilligen säumigen Empfänger wird für den Geber meist kein Interesse bieten. Er wird dem Verurteilten meist eine Frist zur Bewirkung der Leistung, die hier in der Annahme eines Darlehens besteht, setzen und erklären, daß er nach Ablauf der Frist Leistung ablehne und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange, nach § 283 BGB. Der Hauptvertrag (Realvertrag) ist mit der Mitteilung der Willenserklärung des Beklagten und Wegnahme der Sache durch den Vollstreckungsbeamten geschlossen, da nach § 897 ZPO. die Uebergabe der Sache als erfolgt gilt, wenn der Vollstreckungsbeamte die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.

VII. Teil.

Bestrittene Erscheinungen in Bezug auf den Vorvertrag.

1. Der Wiederkauf und das Vorkaufsrecht.

Wir haben am Anfang behauptet, aus einem pactum adektum hätte im römischen Recht kein Vorvertrag entstehen können. Vertreten wird die gegenseitige Ansicht von Göppert Seite 420, 422, 407, der selbst mit Degenkolb Seite 23 das Wiederkaufsrecht nicht als Vorvertrag ansieht, Stintzing S. 7. Diese Ansicht läßt sich aber nicht halten, wenn man die Natur dieser Nebenabreden der pacta adjecta betrachtet. Den Inhalt dieser pacta adjecta bildeten vor allem das jus protimiseos und das pactum de retroemendo, das Vorkaufsrecht und das Wiederkaufsrecht. Betrachtet man diese als pacta de contrahendo, so waren pacta de contrahendo als pacta adjecta möglich, andernfalls nicht. Diese pacta adjecta sind keine Vorverträge.

Der Wiederkauf ist kein Vorvertrag.[1]) Nach Dernburg allerdings ist ein Wiederkauf ein Vorvertrag auf Abschluß eines demnächstigen Kaufes in umgekehrter Richtung. Die Ansicht, daß das Wiederkaufsrecht ein Vorvertrag ist, hat vor allem Sintenis vertreten. Gegen diese Ansicht spricht in unserem heutigen Recht vor allem der Wortlaut des § 497 BGB. wonach der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande kommt. Die einfache Tatsache der Abgabe und des Empfanges jener Erklärung bringt den Wiederkauf zustande, ohne daß es des Abschlusses eines weiteren besonderen Rückkaufvertrages bedarf. Der Vorvertrag hat aber als Ziel den Abschluß eines neuen Vertrages, wobei der Abschluß nicht durch die Erklärung der einen Partei zustandekommt, sondern durch Mitwirken der anderen Partei, indem sie diese

[1]) Siehe Dernburg bürgl. Recht Band 2, § 198, Oertmann Recht der Schuldverh. Seite 485, Planck beim Wiederkauf, Staudinger Band 2 Seite 263, Enneccerus Lehrbuch Band 1, 2, § 339, Seite 349.

Offerte annimmt. Vor der Annahme dieser Offerte kann nicht auf Erfüllung des Hauptvertrages geklagt werden, sondern auf Mitwirken beim Abschluß des Hauptvertrages. Beim Wiederkauf kann nach Abgabe jener einseitigen Erklärung auf Erfüllung aus dem Hauptvertrag, wenn man ihn überhaupt so nennen kann, also auf Rückgabe der Kaufsache geklagt werden. Das Wiederkaufsrecht ist also kein Vorvertrag. Welcher anderen Ansicht über die Art des Wiederkaufsrechtes man auch huldigt, sie bedeutet eine Ablehnung der Vorvertragstheorie. Es mag dahingestelit bleiben, ob man das Wiederkaufsrecht als Einlösungsanspruch (siehe Staudinger und dort zitiert) oder als suspensiv bedingten Rückkauf (Enneccerus a.a.O., Fischer-Henle a.a.O. zu § 497 und RG. Band 69, Seite 281, Band 72, Seite 387) betrachtet; das gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

Die gleichen Theorien wie bei jenem sind auch für das Vorkaufsrecht aufgestellt worden. Auch hier nimmt unter den neueren Schriftstellern Dernburg (Band 2, § 196, 1) einen Vorvertrag an. Nach § 505 BGB. kommt wie vordem beim Vorkaufsrecht der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen, die letzterer mit dem Dritten vereinbart hat, durch die Erklärung zustande, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe. Aus denselben Gründen wie beim Wiederkauf liegt auch hier kein Vorvertrag vor. (Siehe Staudinger Kommentar Band 2, Seite 274 vor § 504. Auch Oertmann Recht der Schuldverh. Seite 492 und Enneccerus Band 1, § 340, 1.)

Goldschmidt a.a.O. hatte den Kauf auf Probe ein pactum de contrahendo genannt. Dagegen bereits Fitting und Unger a.a.O. und Degenkolb. Heute ist es unbestritten, daß der Kauf auf Probe ein durch die Billigung des Käufers bedingter Kaufvertrag ist. (Siehe Staudinger Band 2, § 495.)

2. Der Kauf mit der Umtauschklausel.

Anders wiederum ist es mit einem Kauf, dem die Umtauschklausel beigefügt ist. Dieser unterscheidet sich vom Kauf auf Probe dadurch, daß hier der Kaufpreis ein für allemal bestimmt ist, die Kaufsache aber gegen eine andere noch nicht bestimmte gleichen Wertes umgetauscht werden kann und damit der Kauf bestehen bleibt, während bei Versagung der Billigung beim Kauf auf Probe der ganze Vertrag fällt. Juristisch konstruierte man den Kauf auf Umtausch als auflösend bedingten Kauf in Verbindung mit einem pactum de vendendo. Oertmann (Recht der Schuldverh. zu § 495, Seite 482) führt gegen die Annahme dieser Konstruktion an, daß diese

Auffassung nicht den Parteiabsichten gerecht werde, indem sie dem Käufer kein durchschlagendes Mittel in die Hand gebe, den Abschluß des neuen Kaufes von seiner Willkür abhängig zu machen, und nimmt einen Kauf mit Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) des Käufers an. Dies dürfte jedoch auch nicht als richtig anerkannt werden, da die facultas alternativa die Befugnis gibt, den geschuldeten Gegenstand durch einen anderen zu ersetzen, für den Fall aber nicht zutrifft, wenn beim Kauf auf Umtausch durch die Hingabe der ursprünglichen Kaufware die Schuld des Verkäufers erloschen ist, also kein Gegenstand mehr geschuldet wird, und dann erst durch die Erklärung des Käufers, die ursprüngliche Kaufware zurückzugeben und eine andere zu wählen, eine Schuld des Verkäufers entsteht, eine andere Sache zu liefern. Hier ist nicht wie bei der facultas alternativa ein Gegenstand in obligatione und noch ein zweiter in solutione, sondern mit dem ersten Gegenstand ist schon erfüllt, während trotzdem noch ein zweiter in solutione steht. Kober in Staudinger's Kommentar nimmt ein besonderes Gestaltungsrecht an. Das verlockt nun schon wieder an einen auflösend bedingten Kauf mit pactum de vendendo zu denken. Oertmann's Einwand hat insofern etwas Zutreffendes, daß der Käufer in der willkürlichen Abänderung gehemmt werde. Von einem willkürlichen Abschluß des neuen Vertrages kann allerdings keineswegs die Rede sein, da der Käufer daran gebunden ist, eine andere Ware nicht geringeren Wertes anstelle der ursprünglichen zu nehmen. Aber im Vorvertrag muß die zu liefernde Ware so genau bezeichnet sein, daß der Vertrag vollstreckbar ist. Beim Kauf auf Umtausch ist aber meist diese zweite Ware nicht bezeichnet, so daß es an dem Erfordernis der nötigen Bestimmtheit des Vorvertrages fehlt. Weiterhin ist aber der Kauf auf Umtausch von einer solchen Einheit, daß die Zerreißung in zwei Verträge nicht angängig ist. Bei der Annahme eines auflösend bedingten Kaufes wäre, wie schon oben dargelegt, mit der Umtauscherklärung der Vertrag erledigt und es bestünde nebenbei ein anderer Vertrag einen neuen Kaufvertrag abzuschließen, was aber beim Kauf auf Umtausch nicht der Fall ist. Der erste Vertrag bleibt bestehen, nur kann die Kaufware gegen eine andere umgetauscht werden. Die Lieferung der zweiten Kaufware ist nur die Erfüllung der im ersten Kaufvertrag eingegangenen Verpflichtung, nicht aber tritt sie von der solutio nochmals in die obligatio. Damit ist diese Konstruktion unter Hinzuziehung eines Vorvertrages abzulehnen.

3. Das Schenkungsverſprechen.

Hier ist auch auf das Schenkungsversprechen einzugehen. Dieses Schenkungsversprechen wird manchmal als Vorvertrag angesprochen. Bei dieser Annahme geht man von der Real- oder Handschenkung aus. Diese Art der Schenkung stellt man als die alleinige hin. Fehlt das Moment der realen Zuwendung, dann liegt keine Schenkung vor. Dieses sofortige Leisten der geschenkten Sache wird zum Schenkungsvertrag für nötig erklärt. Ein Vertrag dahingehend, daß diese Sache später zugewendet wird, ist daher nach dieser Ansicht ein Vorvertrag zum Schenkungsvertrag. Dieses Betonen der realen Leistung veranlaßte andere wie Eckstein a. a. O. ähnlich auch Oertmann zu § 516 BGB. zu folgern, daß die ohne vorgängiges Versprechen vollzogene Schenkung einen obligatorischen Vertrag enthalte. „Die Schenkung ist wie alle anderen Schuldverhältnisse auch ein Konsensualvertrag. Die Wirksamkeit dieses Vertrages ist aber eingeschränkt und erfordert entweder Vollziehung der Leistung, sei es unmittelbar (Handschenkung fälschlich Realschenkung genannt) sei es zeitlich aufeinanderfolgend (518, 2) oder aber gerichtliche oder notarielle Beurkundung, zwar nicht des ganzen Vertrages (Versprechen nebst Annahme) sondern des einen Vertragsbestandteiles, nämlich des Schenkungsversprechens". (Eckstein.) Man behandelt die Schenkung wie den Kaufvertrag und kommt auf diese Weise zur Ablehnung der Ansicht, das Schenkungsversprechen sei Vorvertrag zum Schenkungsvertrag. Das ist mit der herrschenden Meinung unrichtig. Enneccerus (Anm. 2 bei § 343 „Schenkung") bringt in Bezug auf die Handschenkung den Einwand, daß wer Geld verschenkt, das sich später als unecht erweist, später nicht echtes zu leisten braucht. Nach der gesetzlichen Definition in § 516 BGB. besteht jede Schenkung aus zwei Merkmalen: der Zuwendung und der Einigung über deren Unentgeltlichkeit. Letztere als causa donandi ist stets Vertrag und zwar ein schuldrechtlicher Vertrag. Diese Einigung ist aber ein schuldrechtlicher Vertrag nicht in dem Sinne, daß er auf Begründung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, sondern in dem Sinne, daß die Einigung den Rechtsgrund schafft, der die durch die Schenkung bewirkte Bereicherung schuldrechtlich rechtfertigt und daß sie außerdem kraft Gesetzes schuldrechtliche Wirkungen hat (§ 521 BGB. ff.), (Planck a. a. O. zu § 516.) Die Zuwendung kann nun verschiedenartig sein. Sie kann in der Uebereignug einer Sache bestehen, in einem Schenkungsversprechen, in einem Erlaßvertrag usw. Das Schenkungsversprechen ist also eine Zuwendung, welche in der Begründung einer Forderung

des Beschenkten gegen den Schenker besteht. Das Schenkungsversprechen ist nicht Versprechen einer Schenkung, sondern das schenkweise erteilte Versprechen einer Leistung. So bildet den Gegensatz zum Schenkungsversprechen die Real- oder Handschenkung. Da damit das Schenkungsversprechen als Vertrag über eine unentgeltliche Forderungsbegründung selbst Schenkung ist, ist es nicht Vorvertrag.

Der Möglichkeit, sich durch einen Vorvertrag zum Abschluß eines Schenkungsversprechens zu verpflichten, steht dagegen nichts im Wege. Ein solcher Vorvertrag wird jedoch selten sein im Hinblick auf das Formerfordernis für die Erklärung desjenigen, der sich durch Vorvertrag verpflichtet, schenken zu wollen.

Schluß.

Allein die in dieser Abhandlung angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts lassen erkennen, daß der Vorvertrag im Rechtsleben Anwendung findet. Wenn seine Anwendung keine allzu häufige ist, so erklärt sich das daraus, daß die Typenverträge, wie sie im BGB. geregelt sind, im gewöhnlichen Rechtsverkehr infolge des Bedarfes vorherrschen. Deshalb werden die Verträge auch meist so abgeschlossen, daß sofort die Endleistung verlangt und wenn nötig, eingeklagt werden kann. Liegt dies aber nicht in der Absicht der Parteien und wollen sie aus irgend welchen Gesichtspunkten heraus noch nicht den endgültigen Hauptvertrag, so bietet sich ihnen der Vorvertrag.

Dieser Vorvertrag ist verschieden vom Hauptvertrag, verschieden auch von anderen Gebilden wie Offerte, bedingten Vertrag, wie oben dargelegt. Allerdings kann seine Wirkung letztlich auch durch besondere Klauseln bei sofortigem Abschluß des Hauptvertrages erreicht werden. Aber der Vorvertrag bewirkt dann zum mindesten eine rechtliche Vereinfachung der Formulierung und eine Sicherung gegen Unvollständigkeit und Irrung. (Degenkolb Seite 76.)

Der Vorvertrag ist geeignet, auf einfache Art und Weise uns je nach dem Hauptvertrag erstrebenswerte Erfolge zu sichern. Unrichtig sind hiezu die Ausführungen Göppert's (Seite 420) „daß ohne weiteres die Verpflichtung, den Hauptvertrag zu schließen, fallen gelassen werden kann gegen ein Geldopfer, indem die direkte Exekution wie beim Hauptvertrag beim Vorvertrag durch eine Geldleistung abgewendet werden kann". Erfüllt der Vorvertragsverpflichtete nicht, so kann der Abschluß des Hauptvertrages erzwungen und auf direkte Exekution gedrungen werden. Auch Schadenersatz geht zunächst auf Naturalrestitution und wenn diese unmöglich ist oder nicht zugemutet werden kann, auf Geldleistung § 249 ff. BGB. Immer ist zuerst Erfüllung der versprochenen Leistung zu verlangen. Liegt dem Gläubiger an dieser Erfüllung nichts, so kann er gemäß § 283 nach der Verurteilung oder gemäß § 326 entsprechend vor Verurteilung nach eingetretenem Verzug Schadensersatz verlangen. Hat nun Degenkolb (S. 76)

auch Recht damit, daß der „Sicherungszweck" (Göppert) im Sinne der Sicherung eines zukünftigen Erfolges jedem Rechtsgeschäftsbegriff innewohnt, so muß er doch zugeben, daß der Vorvertrag wirtschaftlich als ein Sicherungsgeschäft von spezifischer Art erscheint, als er dem schließlich (durch Erfüllung des Hauptvertrages) zu verschaffenden Erfolg noch vermittelnder gegenübersteht als der Abschluß des Hauptvertrages. Auch die Verabredung einer Vertragsstrafe bei Abschluß eines Hauptvertrages kommt wohl in der Wirkung dem Vorvertrage letztlich gleich, aber die Parteien können durch besondere Beweggründe dazu gebracht werden, statt einen Hauptvertrag mit Vertragsstrafenklausel einen Vorvertrag abzuschließen. (Ausschlaggebend für die Parteien können auch die Billigkeitsgründe gewesen sein; denn Anwaltsgebühren wie Gerichtsgebühren wie Stempelkosten sind beim Vorvertrag billiger wie beim verklausulierten Hauptvertrag. Der Vermögenswert des Vorvertrages ist nur der Wert des Interesses, das sich als Schaden ergibt, wie oben schon ausgeführt. Die Gebühren beim verklausulierten Hauptvertrag z. B. beim bedingten Vertrag richten sich nach dem Vermögenswert, den der Vertragsgegenstand hat. (Tobias Seite 99 ff.)[1])

Eine gewisse Bedeutung hat aber der Vorvertrag im Wirtschaftsverkehr doch gewonnen. Schon der Gesetzgeber regelte den Darlehensvorvertrag im § 610, der Häufigkeit dieses Vorvertrages entsprechend. Hier im Darlehensvorvertrag, dem Krediteröffnungsvertrag, findet der Vorvertrag seine häufigste Verwendung und die wirtschaftliche Rolle, die er bei dem immer mehr steigenden Bankverkehr spielt, ist nicht zu unterschätzen.

[1]) Dies gilt natürlich nur, wenn der Hauptvertrag nicht abgeschlossen wird oder, wenn er abgeschlossen wird, nicht erzwungen wird; sonst liegen ja zwei Verträge vor.